

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
FABIO DA SILVA BOZZA

**FINALIDADES E FUNDAMENTOS DO DIREITO DE PUNIR: DO DISCURSO
JURÍDICO AO CRIMINOLÓGICO**

Dissertação apresentada pelo mestrando Fabio da Silva Bozza como requisito parcial a obtenção do título Mestre em Direito das Relações Sociais, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná
Orientador Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos

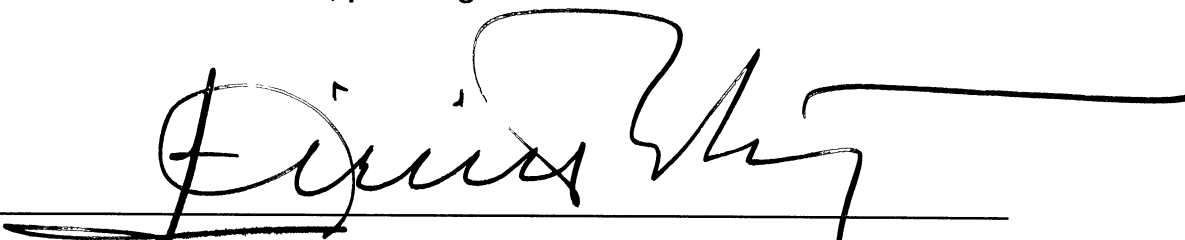
CURITIBA
2005

TERMO DE APROVAÇÃO

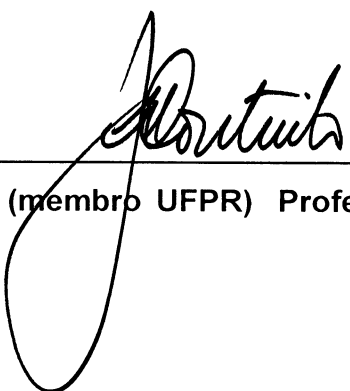
FÁBIO DA SILVA BOZZA

FINALIDADES E FUNDAMENTOS DO DIREITO DE PUNIR DO DISCURSO JURÍDICO AO CRIMINOLÓGICO

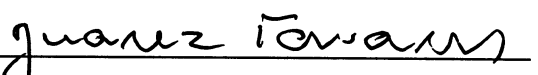
Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre do Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora



Presidente (orientador) Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos



Primeiro examinador (membro UFPR) Professor Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho



Segundo examinador (membro ~~UCAM~~) Professor Doutor Juarez Estevan Xavier Tavares
UERS

*A meus pais, Rosimeri da Silva e Airton
Miranda Bozza, pelo eterno incentivo
em todos os momentos de minha vida*

*A tão amada Rose, minha companheira
na construção de nossas vidas*

AGRADECIMENTOS

Ao Professor e amigo Juarez Cirino dos Santos que, além de preciso orientador, com seu conhecimento e generosidade, ensina a todos que o rodeiam a serem verdadeiros seres humanos

Ao também Professor e amigo Fabio Andre Guaragni, pessoa que despertou meu interesse pela dogmática penal, que, com sua tamanha erudição, proporcionou e ainda proporciona, debates de extrema importância

Ao Professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que, sem qualquer pretensão, não com palavras, mas com ações, ensina a todos que passam por este Programa de Pós-Graduação a admirar a seriedade e o amor com que se coordena esse departamento da Universidade Federal do Paraná

Aos demais professores e funcionários do Programa que, com suas generosidades, me fizeram sentir como se oriundo da casa fosse

Aos demais colegas da Pós-Graduação, pessoas que muito bem me acolheram com demonstrações de amizade

Ao amigo Paulo Schier que, apostando no meu trabalho, proporcionou a minha entrada no corpo docente da UNIBRASIL

Ao meu irmão Bruno, e aos amigos João Paulo, Guilherme Merolli e Fabio Guaragni pelo incondicional apoio a essa caminhada acadêmica que apenas se inicia

Ao amigo Luis Greco que, com horas de dedicação de seu tempo, sempre me deixou ao par do que hoje se produz na dogmática jurídico-penal alemã

Aos meus pais e a minha namorada Rose, pela compreensão nos momentos de ausência

E, por fim, a Deus, por colocar todas essas pessoas maravilhosas em meu caminho

A todos aqui lembrados, e também aqueles que por motivos inconscientes deixei de citar, o meu sincero agradecimento

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que a análise do sistema penal deve ser realizada de fora. Percorrendo pelas teorias jurídicas da pena, chega-se a conclusão que, por mais esforços que façam seus elaboradores, nenhuma delas é suficiente para justificar satisfatoriamente a existência da pena criminal. Com fundamentação teórica na criminologia crítica, após o alerta de RUSCHE/KIRCHHEIMER no sentido de que, para se estudar a pena, é necessário despir essa instituição de seu viés ideológico e de suas finalidades jurídicas, analisa-se a pena a partir de suas verdadeiras relações – as relações de produção na sociedade capitalista. Também com a análise de outros autores (ZAFFARONI, NILO BATISTA, CIRINO DOS SANTOS, PASUKANIS) desenvolve-se o trabalho no sentido de se desenvolver uma teoria deslegitimante do sistema penal. E, por fim, partindo-se do fato de que o direito penal existe, e temos que conviver com ele, apresenta-se a proposta de se trabalhar a dogmática penal, especificamente o elemento culpabilidade, de forma diferenciada.

SUMARIO

RESUMO	v
INTRODUÇÃO	1
PARTE I - O DISCURSO JURÍDICO SOBRE OS FINS DA PENA	5
CAPÍTULO I - Teorias retributivas da pena	7
Seção 1 - Retribuição do fato e retribuição da culpabilidade	10
Seção 2 - O retributivismo de Kant	12
§1º - Algumas observação sobre a teoria kantiana	16
Seção 3 - O retributivismo em Hegel	19
Seção IV - Uma explicação materialista da retribuição penal	23
CAPÍTULO II - As teorias preventivas da pena	25
Seção I - Sobre as finalidades das coisas	26
Seção II - A prevenção especial	30
§1º Algumas críticas	36
Seção III - A prevenção geral negativa	50
Seção IV - A prevenção geral positiva	68
§1º A prevenção geral positiva em Gunther JAKOBS	70
§2º A teoria sistêmica de LUHMANN como fundamento da prevenção geral positiva	74
§3º Algumas observações	78
Seção V - As teorias unificadas da pena	85
§1º A função da pena para Hans Heinrich JESCHECK	86
§2º As funções da pena para ROXIN	88

PARTE II – O DISCURSO CRIMINOLÓGICO	97
CAPITULO I – A teoria agnostica da pena	98
CAPITULO II – A critica materialista/dialetica as funções declaradas da pena criminal	103
Seção I – A pena como retribuição equivalente do crime	104
Seção II – Prevenção especial como garantia das relações sociais	107
Seção III – Prevenção geral como afirmação da ideologia dominante	114
CAPITULO III – A lei penal e a prisão como instrumentos centrais de controle social numa sociedade capitalista	120
CAPITULO IV – Uma proposta para a implementação do discurso criminologico critico na dogmatica penal uma nova forma de pensar a culpabilidade	124
CAPITULO V – Abolicionismo e minimalismo penal	140
CONCLUSÃO	144
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	148

FINALIDADES E FUNDAMENTOS DO DIREITO DE PUNIR: DO DISCURSO

JURÍDICO À CRÍTICA CRIMINOLÓGICA

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo apontar a esquizofrênica política criminal de um Estado Democrático de Direito. Para atingir esse objetivo, necessariamente será realizada uma apresentação das teorias que sustentam o poder punitivo do Estado (primeira parte do trabalho – O discurso jurídico sobre os fins da pena) as quais são sustentadas por penalistas consagrados do cenário jurídico mundial (Claus ROXIN, Günther JAKOBS, dentre outros). Em cada capítulo, após a apresentação da teoria, serão efetuadas as críticas a elas realizadas pelos próprios juristas. Outro meio necessário, que será utilizado para alcançar nosso objetivo, é apresentar os argumentos vindos da criminologia crítica¹ (nas palavras de Baratta, uma verdadeira sociologia do direito penal) para refutar as teorias que legitimam o poder punitivo do Estado (segunda parte do trabalho – O discurso criminológico sobre os fins da pena).

Outro objetivo a ser atingido é demonstrar como a ciência jurídica vacila em aceitar dados empíricos, vindos da sociologia do direito penal, para formular suas teorias. E concluiremos por uma provável subserviência da dogmática penal ao discurso político dominante.²

¹ Os principais representantes da criminologia crítica (que constantemente serão citados no presente trabalho) são Alessandro Baratta, Raúl Eugênio Zaffaroni e Juarez Cirino dos Santos, dentre outros.

² De fundamental importância, aqui já na introdução, apresentar uma síntese do desenvolvimento histórico do poder punitivo, sempre amparado pelas ciências e pela religião. Na Idade Média, a prática de um crime era considerada uma afronta ao poder real, não apenas por afrontar ao rei, mas principalmente por afronta a Deus, vez que aquele representava a vontade divina na terra. O fundamento para a punição daquele que transgredia um valor da sociedade (não tínhamos vigorando ainda o princípio da legalidade) era a possibilidade que o

Nesse momento é necessário explicar o que se entende por política criminal. Entende-se como tal a política realizada pelo Estado no intuito de reduzir a criminalidade, promovendo uma maior segurança à sociedade.

Para alcançar esse objetivo (o de redução da criminalidade) o Estado possui 02 (duas) opções: a) realizar uma política social de base, investindo na administração da criminalidade por meio de um ataque direto às suas causas, garantindo alguns dos direitos fundamentais assegurados no artigo 5º da Constituição Federal. Promovendo a educação, saúde, alimentação, trabalho, combate-se à violência na sua causa primária³ e; b) apostar na redução da criminalidade com a aplicação de penas criminais. Por meio das penas (é o

agente tinha de optar por uma conduta conforme aos mandamentos divinos, ou contrária a esses, optando pela última. E nesse momento histórico a participação de teólogos como Santo Agostinho e Santo Tomaz de Aquino para sustentar a existência do até hoje não comprovado livre-arbítrio.

Passada a Idade Média, com o advento do Iluminismo, o fundamento para o Estado punir a pessoa que comete um crime muda. Estamos no auge da idéia de contrato social. Com o cometimento de um delito o agente não está mais ferindo a vontade divina, mas sim inadimplindo o contrato celebrado com os demais membros da sociedade. Logo, a pena se impõe para intimidar os demais membros da comunidade: para aquele que não cumpre o contrato, uma severa pena está a espera. Como defensores de tal raciocínio temos, principalmente, Beccaria e Feuerbach.

Logo em seguida, durante o predomínio do pensamento positivista na filosofia, no fim do século XIX e início do século XX, o fundamento da punição daquele que comete um crime passa a ser outro: a periculosidade do agente criminoso. O objetivo do direito penal, agora, é defender enfaticamente o corpo social contra a ação do delinqüente. Priorizam-se os interesses sociais em detrimento dos individuais. E para sustentar cientificamente esse discurso temos a participação de um médico chamado Cesare Lombroso (1836-1909) e dois juristas: Rafael Garofalo (1851-1934) e Enrico Ferri (1856-1929). O primeiro sustentou a idéia da existência de um criminoso nato, cujas anomalias constituiriam um tipo antropológico específico: para esse tipo de pessoa não era necessária uma pena criminal, mas sim uma medida terapêutica que o curasse de sua anomalia. Já para Ferri a causa do crime não estava na “doença” do delinqüente, mas sim no meio social em que ele vive. Sustentou uma teoria sobre a inexistência do livre arbítrio. Para ele, o crime estava determinado pelas condições ambientais em que o agente vivia.

Importante notar que, até o momento, as causas do fenômeno crime estão sempre no delinqüente, e nunca no Estado, que determina o delito por meio de leis, e de sua operação seletiva sobre os mais vulneráveis ao sistema penal.

Por fim, na atualidade tenta-se fundamentar a pena criminal na necessidade de estabilização do sistema social. Baseada na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a teoria da prevenção geral positiva tem como principal objetivo da pena o de re-estabilizar as expectativas dos membros da sociedade no que toca ao comportamento de uns em relação aos outros. Com o comportamento criminoso, as expectativas de que as pessoas devem respeitar o ordenamento jurídico são frustradas. Por isso a necessidade da pena: estabilizar o sistema social no sentido de que as pessoas continuem acreditando na validade das normas.

³ Não se quer, com isso, dizer que a causa da criminalidade está na pobreza, mas sim que ela ativa condicionamentos psíquicos nos operadores do sistema de justiça criminal, determinando suas atuações (seletivas) no processo de criminalização das pessoas.

discurso que apresentam as ciências jurídicas) b.1) ressocializa-se o indivíduo que cometeu o crime (prevenção especial positiva), b.2) intimida-se os demais membros da sociedade para que não cometam essas condutas desviantes pois, caso isso ocorra, para eles existe uma severa pena a espera (prevenção geral negativa), ou b.3) afirma-se a validade do ordenamento jurídico: já que, especificamente (subjetivamente) para aquele que cometeu o delito, não via a norma como válida (tanto que ele não a respeitou), aplica-se uma pena criminal para re-estabilizar a confiança social na ordem jurídica, já que a impunidade a uma conduta delituosa colocaria em cheque a validade do ordenamento jurídico (prevenção geral positiva).

Ao optar pela segunda forma de se combater a criminalidade o Estado está ignorando as suas reais causas.⁴ Em vez de criar postos de trabalho para que a população evite a prática de ilícitos, faz-se os seguintes discursos: a) de que a pessoa que cometeu o crime é um ser não socializado e, com a execução da pena, ela volta ressocializada ao mesmo ambiente de onde saiu, evitando com que volte a cometer crimes e; b) de que a impunidade àquele que cometeu o crime estimula os demais a fazerem o mesmo, já que não há sanção para condutas que desviam à normalidade.⁵

⁴ A moderna criminologia entende o fenômeno crime como uma forma de o indivíduo resolver problemas existenciais. Veja-se o seguinte exemplo: o sujeito que se encontra desempregado, sem condições de sustentar sua família, depara-se com a contingência de ver uma filha se prostituindo (para prover seu próprio sustento) e um filho trabalhando em bandos que traficam entorpecentes (pelo mesmo motivo). Para evitar que seus familiares continuem a se envolver nessas atividades de risco, efetua alguns furtos, adquirindo montante suficiente para sair dessa situação. Nessas situações o crime não representa a má personalidade desse pai de família, mas sim a única forma que ele tinha para resolver seu problema existencial, vez que o Estado não proporciona postos de trabalho suficientes para que se possa resolver esse problema por meio da aquisição de patrimônio através de meios lícitos.

⁵ Em relação ao primeiro discurso, o de ressocialização daquele que cometeu o crime, não é necessário nenhum raciocínio mais elaborado para constatar sua total ineficácia. Já em relação ao segundo não se pode afirmar o mesmo. Aparentemente trata-se de um argumento sólido. No entanto a criminologia mais recente

E para tornar científicos esses discursos políticos é que são necessárias as teorias da pena. Essas nada mais são do que um conjunto de argumentos que servem para legitimar a intervenção estatal na liberdade das pessoas que cometem condutas qualificadas pelo Estado como crimes.

O objetivo do trabalho é, a partir dos estudos da criminologia crítica, realizar a desconstrução do discurso jurídico sobre os fins da pena. Tais estudos revelarão que o sistema penal atua de forma seletiva, e que o delito não deve ser considerado uma realidade, mas sim algo construído pelo sistema de justiça criminal (o crime não é a qualidade de um ato, mas sim um ato qualificado como criminoso).

Assim, como o discurso jurídico-penal se estrutura sobre uma premissa falsa (a de que o delito é uma realidade preexistente ao sistema penal), as consequências dela extraídas também estarão equivocadas. Por isso a necessidade de se construir uma nova forma de ver o sistema de justiça criminal.

Esses são os objetivos do trabalho.

vem revelar as denominadas “cifras ocultas da criminalidade”. Afirma-se que a quantidade de delitos apurados pelo sistema de justiça criminal não chega a dois por cento de sua totalidade (HULSMAN, citado por BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do direito penal: uma introdução à sociologia do direito penal**. 3.ed., Rio de Janeiro: Revan: 2002. p. 49). Logo, diante dessa realidade, não há de se falar na pena como meio de intimidação social, e sim como meio de estímulo ao crime, vez que a chance de ser pego pelo sistema penal aproxima-se de dois em cada cem delitos ocorridos.

PARTE I: O DISCURSO JURÍDICO SOBRE OS FINS DA PENA

O exame das teorias da pena põe de manifesto um amplo número de opiniões em torno de suas funções. Caso se estude o tema, como é freqüente, sem situá-lo num determinado momento histórico-cultural, quaisquer das teorias podem ser sustentadas discursivamente. Este não é o caminho adequado. A retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são produtos de determinados contextos históricos, estritamente ligadas a diversos objetivos que diferentes formas de Estado têm atribuído à pena criminal em diferentes momentos do direito penal. Como afirma MIR PUIG: “No se trata, pues, de preguntar sólo por la función de “la pena”, en abstracto, sino de averiguar qué función corresponde a la pena en el Derecho penal propio de un determinado modelo de Estado.”⁶

A pena é um instrumento que o Estado pode utilizar com finalidades distintas. Nos Estados modernos o direito de punir é monopólio estatal, pelo que sua função é determinada pelas tarefas atribuídas ao Estado. No Estado de base teocrática, a pena pode simplesmente ser justificada como exigência de justiça, como se fosse um castigo divino. Em um Estado absoluto, caracterizado por ser um fim em si mesmo (onde o Estado não é um meio para a promoção do indivíduo na sociedade), a pena aparece com a finalidade única de submeter os súditos ao poder estatal. Foi à época do denominado “terror penal”, em que à pena foi atribuída uma função ilimitada de prevenção geral negativa. O Estado liberal

⁶ MIR PUIG, Santiago. **Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho**. 2. ed., Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982. p. 15

clássico, preocupado em utilizar o direito como limitação ao poder, e não como mero instrumento de legitimação desse, antes de buscar a prevenção de delitos por meio da pena, fez uso do direito para limitar o poder estatal em relação às liberdades individuais. A limitação jurídica do Estado liberal se baseou em alguns princípios idealizados como a igualdade perante a lei, o ideal de um modelo de homem extremamente racional, e a idéia de justiça. Essa forma de punição consistia num limite ao poder estatal, o qual somente pode castigar de acordo com o merecido (retribuição de ato), mas possuía a falha de punir em situações que, embora merecida a punição, ela era desnecessária.⁷

A progressiva aparição do Estado social, como Estado intervencionista, retomou a missão de luta contra a criminalidade. Foi dada prevalência à idéia de prevenção especial (ressocialização), que não podia encontrar acolhida num Estado liberal, pois trataria de forma diferente autores de fatos idênticos, dependendo da necessidade de ressocialização de cada um. Com isso, seria violado o princípio formal da igualdade das pessoas perante a lei.

A tendência intervencionista do Estado liberal conduziu, em alguns países, a Estados políticos totalitários, o que culminou no período entre as duas grandes guerras. A consequência disso tudo descreve MIR PUIG: “La experiencia de los horrores que ello trajo consigo, primero en la paz y luego con la guerra, hizo evidente la necesidad de un Estado que, sin abandonar sus deberes para con la sociedad, es decir, sin dejar de ser *social*, reforzase sus límites *jurídicos* en un

⁷ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: parte general**. 3. ed., Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1990, p. 72

sentido *democrático*. Surgió, así, la fórmula sintética de ***Estado social y democrático de Derecho***.⁸

Diante dessas necessárias observações, deve-se entender que as teorias analisadas em seguida são observadas dentro de seus contextos histórico-culturais, o que apenas permitirá uma crítica externa, pois do contrário, qualquer crítica, mesmo que coerente, é injusta.

CAPÍTULO I - Teorias retributivas da pena

Num momento cujas fronteiras o Iluminismo lhe demarca, em que a idéia de proporcionalidade entre crime e pena era determinada pela idéia de prevenção (utilidade), o pensamento retribucionista se destaca.

Para os defensores das denominadas teorias retributivas, o fundamento que justifica o castigo radica em que este é a justa retribuição da violação do direito cometida pelo delinqüente. Aqueles que defendem essa teoria desconsideram qualquer possibilidade de considerações utilitárias para justificar a pena.⁹

BELING afirma que pena é retribuição. Da mesma forma que existe uma retribuição *in bonam partem*, quando alguém pratica um fato louvável, a pena é uma retribuição *in malam partem*, pela prática de um ato ilícito. Quando na história jurídica universal o Estado substituiu a vingança, não surgiu em lugar da

⁸ Idem. p. 72/73

⁹ COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTON, T.S. **Derecho Penal: parte general**. 2. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1987. p. 565

retribuição algo diferente, mas apenas em lugar da retribuição instintiva, ilimitada e apaixonada, nasceu uma retribuição objetivada.¹⁰

Para melhor entender dita teoria é necessário fixar o tipo de Estado que lhe dá vida. As principais características do Estado absolutista eram as seguintes: 1) a identidade entre o Estado e o rei; 2) entre o rei e a divindade (religião) e; 3) entre o direito e a moral. O rei personificava a figura divina. Qualquer crime era considerado um ataque ao poder do soberano e, conseqüentemente, à vontade divina. A idéia que se tinha de pena era a de ser um castigo por meio do qual se expiava a culpa¹¹ do mal cometido. Quem se rebelava contra o soberano ao mesmo tempo rebelava-se contra o próprio Deus.¹²

Sendo o Estado absolutista um Estado de transição entre a baixa Idade Média e a sociedade liberal, ocorrem nesse período o surgimento da burguesia e um significável acúmulo de capitais. Diante do desenvolvimento dessa recente classe social, era necessário desenvolver mecanismos de proteção para o capital. Com isso pode-se entender por que o Estado concentrou o poder necessário, até mesmo ilimitado, para o posterior desenvolvimento do capitalismo.¹³

Desenvolve-se o capitalismo, cai o Estado absolutista e surge o Estado burguês, tendo como fundamento o contrato social. O Estado, representado pelo soberano, torna-se, em vez de a expressão da vontade divina, a expressão da

¹⁰ BELING, Ernst Von. **Esquema de derecho penal: la doutrina del delito-tipo**. Buenos Aires: Editorial Depalma: 1944. p. 6

¹¹ Entende-se como culpa a capacidade de escolha que o indivíduo que comete um crime tem de optar por uma conduta justa ou injusta. Seu pressuposto é a existência do tão questionado livre-arbítrio.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte geral**. v. 1, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2002. p. 67

¹³ JESCHECK, Hanz-Hainrich. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed., Barcelona: Bosch, 1981. p. 96.

vontade do povo. Com a concepção liberal de Estado a pena não possui mais a função de expiação do pecado (crime), típica de um Estado religioso, mas sim de retribuição à perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada nas leis. A pena é a necessidade de restabelecer a ordem jurídica abalada. Em vez de expiação, fala-se em retribuição da quebra do contrato social; no lugar de razão divina fala-se em razão de Estado.¹⁴

De acordo com essa teoria, a função da pena nada mais é do que fazer justiça. A imposição de um mal (que é a pena) deve compensar a culpabilidade do autor do delito, e o fundamento da culpabilidade está na existência do livre-arbítrio, ou seja, na capacidade que o homem tem de decidir entre um comportamento justo ou injusto. O fundamento ideológico dessa teoria repousa no entendimento de que o Estado é guardião da justiça terrena.¹⁵

Passemos, agora, a abordar o fundamento psicológico dessa teoria.

Questiona-se o porquê de uma teoria que não apresenta nenhum fim utilitarista se perpetuar por tanto tempo e continuar sendo avalizada por alguns autores. Argumentos contrários a essa teoria são fortes: 1) ela não apresenta nenhuma utilidade social, vez que apenas procura retribuir um mal pretérito, e não evitar a prática de novos crimes; 2) seu alicerce, a existência da culpabilidade, que por sua vez tem seu fundamento no livre-arbítrio, é indemonstrável.

No entanto, o poder psicológico da retribuição não é levado em conta. A perpetuação de dita teoria encontra amparo na psicologia popular, que é

¹⁴ BUSTOS RAMIREZ, JUAN., apud, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte geral**. v. 1, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2002. p. 68

¹⁵ JESCHECK, ob. cit., p. 96.

intensamente retributiva. O talião é legitimado inconscientemente por nossa sociedade.¹⁶

A maior influência do povo é a religião. De acordo com o Velho Testamento, a imagem divina apresenta-se de forma muito violenta; é a retribuição absoluta. O castigo divino é infinito, e isso contribui para formar a psicologia popular. A justiça humana retributivista é melhor que a justiça divina também retributivista, porque esta é absolutamente desproporcional.

O psiquismo popular é somente uma das razões da longevidade do discurso retributivista. E é essa psicologia popular que orienta os legisladores nas suas decisões, na busca de votos.

Outra razão da longevidade de dita teoria consiste no fato de a filosofia idealista ocidental - orientada por conceitos como razão humana (Kant) e contrato social (Hegel) - ser retributivista.¹⁷

Antes de nos referirmos às teorias de Kant e Hegel, importante a seguinte advertência: a justificação retributivista da pena não se resume aos modelos iluministas citados em Manuais.¹⁸ A idéia de retribuição apresenta tantas variantes quantas concepções existem acerca da natureza da obrigação violada pelo criminoso (natureza do delito). A pena retributiva remonta a modelos penais da

¹⁶ Nesse sentido Juarez Cirino dos Santos, que ensina: “a psicologia popular, evidentemente regida pelo talião, parece constituir a base antropológica da pena retributiva: a retaliação expressa no *olho por olho, dente por dente* constitui mecanismo comum dos seres *zoológicos* e, por isso, atitude generalizada no homem, esse *zoon politikon*.”, in CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumun Juris, 2005. p. 04

¹⁷ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 206

¹⁸ Para uma análise mais aprofundada sobre a pena retributiva, ver NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Genealogia da moral: uma polêmica**. Tradução de Paulo César de Souza. – São Paulo: Companhia das Letras, 1998. Mais precisamente a Segunda Dissertação.

Antiguidade. Afirma PEREZ, citado por Salo de CARVALHO, que a idéia da devolução do mal com outro mal, presente no modo arcaico, representa “a mais primitiva forma de justiça, que exige que o violador receba um castigo idêntico ao sofrido pela vítima”.¹⁹

Não interessa, aqui, efetuar uma exposição detalhada sobre o pensamento da Antiguidade, razão pela qual nos limitaremos a expor as formulações de Kant e Hegel, pelo fato de suas doutrinas serem as que mais influenciaram o pensamento jurídico retributivista.

Seção 1 - Retribuição do fato e retribuição da culpabilidade

Ao se falar de retribuição como função da pena, nem sempre está a se falar da mesma coisa. No desenvolver da idéia de pena retributiva cada vez mais se nota o aparecimento de um simbolismo.

Em sua concepção inicial (taliônica) ela se apresenta como reprodução do dano ao autor do delito para compensar o dano por ele causado. A pena é medida pelo dano individual provocado pela conduta. Fala-se em retribuição do fato como compensação do dano.²⁰

¹⁹ PEREZ, apud, CARVALHO, Salo. **Penas e garantias**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris editora, 2003. p. 120/121

²⁰ O princípio talional aparece como limitação às sanções desproporcionais que caracterizaram o direito penal representado pela vingança privada. A limitação às penas se impõe por uma questão de necessidade política de conservação dos grupos em relação aos inimigos externos, e não por razões humanitárias. Daí a necessidade de se analisar com reservas o entendimento de BITENCOURT sobre o tema. Afirma o autor: “Com a evolução social, para evitar a dizimação das tribos, surge a lei do talião, determinando a reação proporcional ao mal praticado: olho por olho, dente por dente. Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representado, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal”. O comentário aqui realizado aparece em MEROLLI, Guilherme. **Por uma reformulação principiológica da dogmática jurídico-penal**. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2005. p. 9

Em período posterior reconhece-se a idoneidade da pena para restabelecer o ordenamento jurídico que foi abalado (desestabilizado) pela prática do crime. Nesse momento o fundamento da pena desloca-se do fato para a culpa.²¹ Em vez de retribuição do fato, fala-se em retribuição da culpabilidade.

Por isso a incessante referência à expressão “pena como expiação”: o que se expia é a culpa, e não o fato. Explica RODRIGUES: “... numa acepção mais conforme ao sentido literal da expressão, o termo expiação é usado para aludir ao acto autónomo com que o agente enfrenta a sua própria culpa, reconhece a necessidade de pena e volta a ficar consigo mesmo”.²²

No entanto, a expressão expiação pode ser utilizada em outro sentido. Orienta-se pela coletividade, e não pelo indivíduo: a pena se justifica pela necessidade de se apagar a mácula do crime na consciência da coletividade, e não na do indivíduo.²³

Como se verá diante, algumas teorias vêem a retribuição como o fundamento da pena, mas não lhe negam a realização de objetivos político-criminais.

Seção 2 - O retributivismo de Kant

Dois renomados filósofos ocidentais (Kant e Hegel) são retributivistas.

Immanuel KANT (1724-1804) considera o direito como produto da sociedade e expressão de obrigações morais dos indivíduos. O que diferencia o

²¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 158

²² Idem. p. 160

²³ Ibidem.

direito e a moral é o fato de que o direito ameaça com coação em caso de não se cumprir alguma norma, e não se interessa pelos motivos da ação dos indivíduos, mas apenas pelos resultados.²⁴

O direito tem por função exprimir uma regra fundamental: devemos atuar de forma que nossa conduta valha como lei geral. Ou seja, nas palavras do autor: “não devo obrar nunca mais de modo que possa querer que minha máxima deva converter-se em lei universal”²⁵. Essa é a regra fundamental, denominada “imperativo categórico”. Tal expressão significa um mandamento que representa “uma ação em si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como objetivamente necessária”.²⁶

Quanto a isso, KANT considera que sua visão sobre moralidade deve ser compartilhada por todos, de modo geral. Daí que o direito deve ser encarado como o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode concordar com o arbítrio de outro, seguindo uma lei universal.²⁷

A pena criminal, como instituição jurídica, segue o mesmo raciocínio: ela não possui finalidade alguma, deve ser aplicada para atender a regra básica do direito, o imperativo categórico. A idéia do autor sobre o direito penal e, mais precisamente, sobre o direito de castigar se resume na seguinte passagem:

.A pena jurídica, *poena forensis*, não pode nunca ser aplicada como um simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade; mas deve ser sempre contra o culpado pela simples razão de haver delinqüido; porque jamais um homem pode

²⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 28

²⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentación metafísica de las costumbres**. Tradução de Garcia Morente. 7. ed., Madrid, 1983. p. 96

²⁶ Idem. p. 61

²⁷ DIMOULIS afirma que para Kant, “o objetivo do direito é conciliar a liberdade de cada um com a liberdade dos demais, de forma que a liberdade possa prevalecer como regra geral.” op. cit., p. 29

ser tomado como instrumento dos desígnios de outro, nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real.²⁸

Assim, na teoria kantiana, o homem não é “algo que possa ser utilizado como simples meio: deve ser considerado, em todas as ações, como fim em si mesmo”.²⁹ Não seria eticamente admissível que o direito de castigar o criminoso se assentasse em razões utilitárias.

Para Kant, o castigo ou a pena é uma exigência ética irrenunciável; a justiça retributivista é um imperativo categórico.³⁰ Todo homem que mata deve morrer (relação de causalidade), - “*que cada um receba o valor de seu fato*”. Kant trouxe para a moral a lei natural de causa e efeito. Para dito autor a justiça preventivista é um ultraje e a única justiça que merece o ser humano é a justiça retributiva.

Por conseqüência, a finalidade da pena é simplesmente realizar a justiça, vez que houve uma violação à lei. Como conseqüência desse repúdio a qualquer finalidade utilitária, a pena deve ser executada a qualquer custo, ainda se não proporciona benefício algum. Veja-se a seguinte passagem:

A lei penal é um imperativo categórico; e infeliz é aquele que se arrasta pelo caminho tortuoso do eudemonismo para encontrar algo que, pela vantagem que se possa tirar, descarrega-se do culpado, em todo ou em parte, das penas que merece segundo o provérbio farisaico: “**Mais vale a morte de um só homem que a perda de todo o povo**”; **porque, quando, a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a Terra.**³¹

²⁸ KANT, Immanuel. op. cit., p. 85

²⁹ Idem.

³⁰ “Para Kant, a pena atende a uma necessidade absoluta de justiça, que deriva de um ‘imperativo categórico’, isto é, de um imperativo incondicional, independentemente de considerações finais ou utilitárias. A pena basta a si mesma, como realização da justiça, pois ‘as penas são, em um mundo regido por princípios morais (por Deus), categoricamente necessárias’.” (QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 19-20)

³¹ KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993. p. 176 (o grifo não consta no original)

O caráter absoluto das exigências de justiça leva a Kant extrair conseqüências extremas, que se expressam em tão citado exemplo: se a sociedade civil, com o consentimento de todos os membros, se dissolvera (por exemplo, se o povo que habitasse uma ilha decidisse se separar e se dispersar por todo o mundo), o último assassino que estivesse na prisão haveria de ser executado, para que cada um tivesse a experiência do valor de seus atos e a culpa do crime não recaísse sobre o povo.³²

A pena deve ser entendida como retribuição à culpabilidade do sujeito. Logo, o castigo deve ser proporcional ao dano provocado pelo crime. Para o autor, responde-se a agressão a um bem jurídico por meio de um ataque oficial (realizado pelo Estado) a um bem jurídico individual (daquele que praticou o crime) de semelhante valor – *olho por olho, dente por dente*. De acordo com GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, assim se converteu a proporcionalidade não em um postulado da razão, mas sim em uma exigência absoluta.³³

Quanto à medida da pena, KANT indica que a justiça pública deve impor como princípio o *ius talionis*. A pena deve ser entendida como retribuição à culpabilidade do sujeito. Logo, o castigo deve ser proporcional ao dano provocado pelo crime. Para o autor, responde-se a agressão a um bem jurídico por meio de um ataque oficial (realizado pelo Estado) a um bem jurídico individual (daquele que praticou o crime) de semelhante valor – *olho por olho, dente por dente*. Afirma o autor: “o mau imerecido que fazes a outro de teu povo o fazes a ti mesmo: se o

³² Idem. p. 178/179

³³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Antonio. **Derecho Penal. Introducción**. Madrid: Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000. p. 127, apud, BUSATO e HUAPAYA, Introdução..., p. 207.

desonras, desonras a ti mesmo; se o roubas, roubas a ti mesmo; se o maltratas ou o matas, maltratas ou matas a ti mesmo”.³⁴ Continua o pensador alemão: “Há somente o direito de talião (jus talionis) que possa proporcionar determinadamente a qualidade e a quantidade da pena, porém com a condição bem entendida de ser apreciada por um tribunal (não pelo júízo privado)...”³⁵

Enfim, a teoria da retribuição tem a pena como entidade independente de fins, como entidade que existe na sua majestade dissociada de finalidades. A partir dessa idéia é apenas um jogo de palavras saber se a concretização de uma idéia - para Kant, a idéia de Justiça – não deve ser considerado também um fim; ou se para se determinar a finalidade da pena é necessária a existência de finalidades empírico-sociais: seu efeito relevante *na* e *para* a vida em comunidade.³⁶

Essa teoria terá um grande impacto no direito penal do século XIX, dominado por uma concepção utilitária da pena (emenda, intimidação, segurança social). Tal forma de pensar nos oferece uma fundamentação de um direito penal livre de fins.

§1º - Algumas observação sobre a teoria kantiana

Aqui, faremos algumas observações críticas sobre a teoria de KANT, não apenas desde o ponto de vista do direito penal, mas também da filosofia.

As primeiras observações vêm de DUSSEL, que afirma: Primeiro, “... ele nunca foi capaz de integrar o aspecto material emotivo da ética, porque os

³⁴ Idem. p. 177

³⁵ Idem.

³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral. Tomo I.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 45/46

próprios empiristas tinham definido redutivamente os ‘sentimentos morais’³⁷; Segundo, “Kant nunca se utilizou de uma noção que articulasse o momento racional com os sentimentos humanos, com o nível ontológico e histórico-cultural, e com a vida de cada sujeito humano em geral”³⁸.

Especificamente, em relação à teoria da pena proposta por Kant, surgem outras objeções. Primeiro, existe uma crença em que existe, necessariamente, um nexos entre culpa e punição. Trata-se da influência de crenças mágicas antigas que confundem direito, religião e natureza.³⁹

BATISTA/ZAFFARONI manifestam-se no sentido de que Kant teve o mérito de assinalar, pela via da razão, que o ser humano devia ser tratado como um fim em si mesmo e que sua avaliação como meio é imoral. No entanto, quando trata da pena, ele enfrenta um problema insolúvel: “enquanto a coerção que detém o injusto é justa, a pena posterior, à medida que queira ter um fim que a transcenda, torna-se imoral, *porque usa o ser humano como meio, inclusive no caso de ser ele um recurso para seu próprio melhoramento.*”⁴⁰

Mais, a afirmação de que, para Kant, a pena não tem finalidade alguma é falsa. Ora, para ele a lei penal não tem menos finalidade de defesa social do que para outros contratualistas: “a pena é um dever do estado civil, a ponto de que neste se deva impor sempre que um delito for cometido; se se resolvesse rescindir

³⁷ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação - na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Editora Vozes, 2000. p. 172

³⁸ Ibidem.

³⁹ Nesse sentido, afirma FERRAJOLI: “A única diferença é que, enquanto nas concepções arcaicas de tipo mágico-religioso a idéia de retribuição é ligada à objetividade do fato com base numa interpretação normativa da natureza, naquelas cristãs-modernas, sejam de tipo ético, sejam de tipo jurídico, esta se conecta à subjetividade maldosa e culpada do réu com base em uma concepção naturalista ou ontológica tanto da moral como do direito”. (op. cit., p. 206)

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 521/522

o pacto, antes de fazê-lo a pena deveria ser imposta ao último dos delinqüentes porque, do contrário, o pacto não seria rescindido e sim rompido por descumprimento”.⁴¹

Em relação à ausência de finalidade da pena retributiva, manifesta-se ROXIN: primeiro, se a função do direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos, para se alcançar esse objetivo não está permitido o Estado servir-se de uma pena que, de forma expressa, prescindia de qualquer fim. Segundo, a idéia de retribuição também exige uma pena onde, a partir da idéia de proteção de bens jurídicos, não seria necessária. Dessa forma a pena perde sua legitimação social porque não serve para atingir a finalidade do direito penal (proteção de bens jurídicos). Terceiro, a idéia de que se pode suprimir um mal (o crime) com outro mal (a pena) não passa de um ato de fé, ao qual o Estado não pode obrigar ninguém a acreditar pois recebe o poder da população, e não de Deus.

(...) la teoría de la retribución ya no se puede sustener hoy científicamente. Pues, (...) la finalidad Del Derecho Penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescindia de todos los fines sociales.⁴²

É de se perceber a dificuldade em se aceitar uma teoria em que o fim da pena criminal é a busca da Justiça. Ora, esse pensamento absolutiza tal conceito, ignorando as variações dos fins sociais que ocorrem paralelamente com as mudanças civilizatórias e culturais. Essas mudanças tornam variável a idéia de Justiça. KAUFMANN exemplifica esse raciocínio com o seguinte comentário: “(...) El estudio de la evolución de las ideas acerca del castigo justo desde los tiempos

⁴¹ Idem. p. 522 Aqui os autores se referem ao exemplo da sociedade que vivia na ilha, e tinha que executar seu último assassino.

⁴² ROXIN, Claus. Derecho Penal... p. 84

primitivos hasta la teoria normativa de la culpa, por un lado, y la doctrina penal sin culpabilidad de los positivistas italianos, por outro, nos ofrece uma buena idea del carácter y de la condicionalidad histórico-sociológica de estos cambios.”⁴³

Pode-se, também, notar a ideologia que se esconde por detrás do direito natural racional. Esse direito racional, apresentado como ideal universal e eterno, oculta a função real que desempenha: permitir a transição de um tipo de economia e de relações políticas e sociais, sem demonstrar a favor de quem se realiza essa transição (se a favor dos donos do poder ou dos que precisam do direito). Afirma

MIAILLE:

... É no século XIX que as lutas sociais revelarão o caráter profundamente enganador desse pretenso direito natural, igual para todos, e promotor da dignidade humana. O invólucro do direito estalará para pôr a nu a situação que pretende ao mesmo tempo esconder e legitimar o poder de uma classe sobre a outra. Daí a exclamação: << Entre o fraco e o forte, é a liberdade que escraviza e é a lei que liberta>>.

É o que um observador tão atento como Engels verá claramente no século XIX: << Sabemos hoje que esse reino da razão não era mais do que o reino idealizado da burguesia; que a justiça eterna encontrou a sua realização na justiça burguesa; que a igualdade se reduzia à igualdade burguesa frente à lei; que se proclamou como um dos direitos essenciais do homem... a propriedade burguesa; e que o Estado racional, o contrato social de Rousseau, não veio ao mundo e não podia vir ao mundo a não ser sob a forma de uma república democrática burguesa>>. 44

Outra observação que deve ser feita guarda relação com o fundamento da punição: a culpabilidade do indivíduo. Entenda-se como culpabilidade o juízo de reprovação que se faz sobre a pessoa porque lhe era exigível uma conduta conforme o direito. E o fundamento de tal reprovação reside no fato de o homem ser dotado de livre-arbítrio, razão pela qual se lhe censura quando pratica um ilícito.

⁴³ KAUFMANN, Felix. **Metodologia de las ciencias sociales**. Panuco: Fondo de Cultura Economica, 1935. p. 398/399. Ainda sobre a idéia de Justiça, afirma que apesar das variações sócio-culturais, constata-se uma idéia principal em dito conceito: a idéia da conservação da paz da comunidade e, com ela a segurança da conservação dessa comunidade.

⁴⁴ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2. ed., Lisboa: Editorial Estampa, 1994. p. 273

Ocorre que o livre arbítrio, que fundamenta a culpabilidade (fundamento material da pena retributiva), é algo de impossível comprovação empírica.⁴⁵ Sobre esse tema será aberto um item para enfrentá-lo, na segunda parte do trabalho.

Seção 3 - O retributivismo em Hegel

Uma semelhante exigência de respeito à dignidade da pessoa humana encontramos em Hegel. Segundo o autor, o direito moderno exprime os principais valores dos seres humanos. O direito é produto do Estado, e não de simples acordos entre indivíduos. O Estado representa a vontade geral, garante a aplicação dos princípios morais e realiza a liberdade humana.⁴⁶

Segundo Hegel o crime é uma “coação, exercida como violência pelo ser livre que lesa a existência da liberdade, no seu sentido concreto, que lesa o direito como tal...”.⁴⁷ A pena, por sua vez, é uma exigência da razão, e não um imperativo categórico, como em Kant. Sobre o autor, afirma BASILEU GARCIA que “o direito é a manifestação da vontade racional; a pena é a reafirmação da vontade racional sobre a vontade irracional; servindo a pena para restaurar uma idéia, precisamente para restaurar a razão do direito, anulando a razão do delito.”⁴⁸

Aplicando o método dialético, Hegel sustentou que a prática de um crime é a negação do direito, e a pena, como resposta a esse mal, é a negação da

⁴⁵Essa observação consta em qualquer Manual sério de direito penal. Por exemplo: Claus Roxin, Günther Stratenwerth, Hans-Heinrich Jescheck, Juarez Cirino dos Santos, dentre outros.

⁴⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 29

⁴⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Fridrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 85 Percebe-se, aqui, o entendimento do autor como sendo o crime uma mera lesão ao Direito, e não a bens jurídicos.

⁴⁸ GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed., São Paulo: Max Limonad, 1977. p. 73. A mesma passagem se encontra citada em QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 21

negação do direito. A pena cumpre apenas um papel restaurador ou retributivo e, portanto, de acordo com a intensidade da negação do direito será a intensidade da pena. Nas palavras do autor:

Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui, sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação dessa negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na existência real; a realidade do direito reside na sua necessidade ao reconciliar-se ele consigo mesmo mediante a supressão da violação do direito.⁴⁹

Sendo o direito a expressão da vontade racional, a base do direito está na racionalidade e na liberdade. Assim, se o direito é a expressão dessa vontade racional, o delito é a negação dessa. Logo, a pena aparece como negação da negação da vontade racional, ou seja, como afirmação da vontade racional.⁵⁰

Dito de outra forma: o crime é a violação do direito, tendo por consequência a necessidade de superação dessa violação por meio da pena. Assim, o crime é a negação do direito, e a pena, como negação do crime, reafirma o direito. A pena, então, é a negação da negação do direito (que é o crime), com o objetivo de restabelecer o mesmo.⁵¹

No entanto, não há de se falar que a pena, consequência do delito, é seu extremo oposto, pois daí se poderia entender que crime e pena são equivalentes. A pena é apenas uma consequência de ordem lógica, e não uma retribuição ao mal causado. A quantidade da pena é relacionada com a intensidade da violação ao direito, e não ao mal causado pelo delito.

⁴⁹ HEGEL, G.W.F., ob. cit., p. 87

⁵⁰ Idem. p. 83/84.

⁵¹ Afirma HEGEL, citado por RODRIGUES: o conceito de pena não é outra coisa senão “esta ligação necessária que faz com que o crime, como vontade em si negativa, implique a sua própria negação, que aparece como pena. É a identidade interior que na existência exterior se reflecte no entendimento como igualdade.” RODRIGUES, Anabela Miranda. op. cit., 167

Dessa forma, pode-se entender que o essencial da pena não é a sua ligação com a pessoa lesada (talião), mas sim, sua relação lógica com o direito (justiça). A partir desse raciocínio a pena é justa, não por produzir um mal por meio de um castigo a quem causou um mal, mas sim por reafirmar o direito. O mal para compensar o mal configura mera vingança.

No pensamento hegeliano, a espécie de pena não é fundamental, pois a punição, independente de sua espécie, representa o restabelecimento do direito (justiça).⁵²

Nessa linha de raciocínio se encaixa a tão citada idéia de que Hegel critica a teoria da coação psicológica de Feuerbach, pois dita teoria, com a idéia de intimidação, tratava o homem como um cão, que se ameaça com um pau, e não como um ser racional.

Mais que isso, na concepção do pensador em análise, a pena consiste num direito do criminoso. Explica essa idéia da seguinte maneira:

A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito, está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Porque vem de um ser de razão, este ato implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito.⁵³

No entanto, necessário ressaltar que Hegel não se omite em relação a possíveis conseqüências da pena, como a prevenção da criminalidade; mas afirma que as finalidades utilitárias ocupam um lugar próprio, que apenas podem ser analisadas depois de se saber se a pena é justa em si e para si. Veja-se a seguinte passagem:

⁵² HEGEL, G.W.F., ob. cit., p. 88

⁵³ Idem. p. 89

Se o crime e a sua supressão, na medida em que esta é considerada do ponto de vista penal, apenas forem tidos como nocivos, poderá julgar-se irrazoável que se promova um mal só porque um mal já existe (...). Este aspecto superficial da malignidade é, por hipótese, atribuído ao crime nas diferentes teorias da pena que se fundamentam na preservação, na intimidação, na ameaça, na correção, consideradas como primordiais; (...) As diversas considerações referentes à pena como fenómeno, à influência que exerce sobre a consciência particular e aos efeitos que tem na representação (intimidação, correção, etc.) ocupam o lugar próprio, até mesmo o primeiro lugar desde que se trate de modalidade da pena, mas têm de supor resolvida a questão de saber se a pena é justa em si e para si.⁵⁴

Observa-se a diferença entre Kant e Hegel na fundamentação da pena.

Enquanto Kant legitima a pena na necessidade ética da mesma, Hegel a legitima com fundamento na necessidade jurídica de equilíbrio do ordenamento.

As observações realizadas pela dogmática jurídica apontam que duas são as críticas necessárias ao fundamento retributivo da pena: a primeira é a de se fundamentar na existência do livre-arbítrio, de indemonstrável comprovação; a outra, elaborada por ROXIN, no sentido de que se a finalidade do direito penal é a proteção de bens jurídicos, não é produtora que para o cumprimento desse fim o Estado se sirva de uma pena que prescindir de qualquer fim social (preventivo).⁵⁵

Seção IV - Uma explicação materialista da retribuição penal

Estamos em uma sociedade capitalista, em que a pena privativa de liberdade se generaliza como a pena por excelência. Por que não outra forma de pena?

⁵⁴ Idem. p. 88/89

⁵⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Traducción de Diego-M. Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 2003. p. 84 Adiantando considerações que serão efetuadas em outra oportunidade no trabalho, vale ressaltar o seguinte: a crítica em relação à impossibilidade de comprovação do livre arbitrio, fundamento material da culpabilidade, é válida. No entanto, a segunda crítica, referente à ausência de uma finalidade utilitária à pena, deve-se lembrar que, além de não comprovada a existência de uma função social positiva à pena criminal, a criminologia crítica vem demonstrando que ela só produz efeitos de danosos.

Porque a pena privativa de liberdade se baseia na única mercadoria universal: o tempo. O tempo é a coisa mais importante e a pena privativa de liberdade se baseia na privação do tempo, a mercadoria mais universal e mais disponível e, conforme FOUCAULT, fracionável como o valor. A pena é o valor de troca do crime.

As atividades da sociedade capitalista são baseadas na retribuição equivalente. Nessa linha de raciocínio, afirma PASUKANIS: "... Os delitos e as penas tornam-se, assim, o que são, isto é, revestem um caráter jurídico, com base num contrato de resgate. (...) O direito penal é, deste modo, uma parte integrante da superestrutura jurídica, na medida em que encarna uma modalidade dessa forma fundamental, à qual está submetida a sociedade moderna: a forma de troca de equivalentes com todas as suas conseqüências."⁵⁶

Os capitalistas burgueses descobriram que, quanto maior o tempo para produzir a mercadoria, maior será o seu valor (relação tempo/valor). O valor de toda mercadoria é determinado pelo tempo de sua produção. O valor de troca é medido pelo tempo gasto para a produção do objeto. O valor de troca e o valor de uso estão relacionados. O valor de troca da pena é a *retribuição* – quantidade da pena; pena como *troca jurídica* do crime -, e o valor de uso da pena é a *prevenção*.

Enfim, aqui uma explicação não metafísica para a pena retributiva.

⁵⁶ PASUKANIS, Eugeny Bronislavovic. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Tradução de Soveral Martins. Coimbra: Perspectiva Jurídica, 1972. p. 196.

CAPÍTULO II - As teorias preventivas da pena

Refutando o caráter metafísico da pena retributiva, vez que seu fundamento (a culpabilidade, com a existência do livre arbítrio) é indemonstrável, surgiram as teorias preventivas da pena.

As denominadas teorias preventivas justificam o castigo por sua utilidade, ou seja, pelos objetivos de prevenção aos que se dirigem. Com elas, busca-se uma finalidade utilitarista para a pena criminal.

Tais teorias apresentam diferentes modalidades, segundo se apóiem na prevenção geral ou na prevenção especial.

A teoria da prevenção especial pretende reduzir a criminalidade ora ressocializando o delinqüente (prevenção especial positiva), ora o neutralizando, evitando com que essa pessoa venha a cometer novos delitos (prevenção especial negativa). É uma forma de resguardar o corpo social.

Já as teorias da prevenção geral (negativa e positiva) pretendem, com o exemplo da pena criminal, inibir a prática de crimes por parte dos demais membros da sociedade. A sanção penal seria utilizada como meio de desestimular os potenciais delinqüentes a praticarem um crime (prevenção geral negativa), ou como forma de reforçar a confiança da população no ordenamento jurídico, vez que a impunidade de um ato criminoso colocaria em cheque a eficácia do ordenamento jurídico.

Contudo, as críticas a essas teorias podem ser mais severas. Primeiro, as funções atribuídas à pena não são meramente duvidosas, como ocorre com o fundamento improvável da existência do livre arbítrio, na pena retributiva; tais funções foram submetidas ao estudo das ciências sociais, as quais vieram

comprovar que nenhuma delas é alcançada. Segundo, um direito penal voltado a fins (de prevenção geral) contraria o ideal garantista de Fraz von LISZT, de que o direito penal seria a barreira intransponível da política criminal; com essas funções preventivas da pena temos, no direito penal contemporâneo, exatamente o inverso: o direito penal se transformou em mero instrumento da política criminal, e não o seu limite.

Antes de examinarmos uma a uma as teorias preventivas, será realizada uma análise, à luz da obra *Genealogia da Moral*, de Nietzsche, da necessidade discursiva de se atribuir à pena criminal uma finalidade.

Seção I - Sobre as finalidades das coisas

Esta parte do trabalho é dedicada à análise da necessidade de se atribuir uma finalidade à pena criminal. Tem-se por objetivo, aqui, à luz da obra *Genealogia da Moral*, de Nietzsche, mais precisamente da Segunda Dissertação (“culpa”, “má consciência” e coisas afins), estabelecer o que deve ser entendido por *finalidade* e a capacidade de manipulação política do poder penal a partir desse conceito.

Ao se analisar a Segunda Dissertação, faz-se necessário ressaltar a conexão que esta tem com a Primeira. Num primeiro momento é de se pensar que elas são independentes: primeiro, porque, da Primeira para a Segunda Dissertação, desloca-se o eixo de uma análise de conceitos genéricos como o “bem”, para várias morais, para termos específicos da moral cristã, como “culpa” e “má consciência”. Segundo, ocorre uma mudança no procedimento genealógico,

que passa a recorrer a conhecimentos sobre a formação biológica e social do homem, e deixa de utilizar informações sobre povos antigos e raças.⁵⁷

No entanto, é perfeitamente possível ler a Segunda Dissertação alinhada com a Primeira, vez que, considerando que a passagem para temas mais específicos do cristianismo indica uma verticalização da crítica ao cristianismo, e também que se tem uma nova forma de se encarar a espiritualização do homem como critério de sua elevação (aspecto norteador da *Genealogia*), percebe-se nas duas a reflexão sobre os limites e possibilidades que o passado moral do homem ocidental pode significar para seu futuro.⁵⁸

No quinto parágrafo, ao analisar o fenômeno do castigo (embora não declarada essa intenção), Nietzsche, com seu procedimento genealógico, segue no raciocínio que o leva ao trabalho de construir no homem uma memória de dívida. Nessa linha de pensamento ele conclui que, para se garantir uma promessa, para se compensar uma dívida, foi dado ao homem o direito de trocar o objeto da dívida por aquilo que fora apresentado como garantia de seu pagamento (por exemplo, o corpo do devedor, sua mulher, seus filhos, sua liberdade, etc.). Isso faz surgir uma lógica de troca, de compensação, que considera o fazer sofrer (a pena) um substitutivo do pagamento.

Trazendo tal idéia para o direito penal, tem-se que o indivíduo promete a seus pares não praticar delito algum. Como garantia dessa promessa oferece sua liberdade. Ao praticar o delito está demonstrando que não pôde cumprir sua promessa. Logo, sua liberdade oferecida em garantia deve ser sacrificada como

⁵⁷ PASCHOAL, Antonio Edmilson. **A genealogia de Nietzsche**. Curitiba: Champagnat, 2003. p. 109

⁵⁸ Idem.

forma de pagamento da promessa que não pôde ser cumprida. A pena criminal torna-se uma questão econômica.⁵⁹

Diante disso, tem-se que, para Nietzsche, a pena criminal é retributiva.

Nos parágrafos 12 a 15, da Segunda Dissertação, Nietzsche apresenta um pequeno histórico da transformação pelo qual passa o conceito de punição.

Pode-se afirmar que no décimo segundo parágrafo dessa Segunda Dissertação, ao polemizar com Rudolph Ihering sobre a genealogia da pena, Nietzsche apresenta o significado do tipo de historiografia que ele propõe, contrapondo-a à pretensão de se apresentar a origem de algo por meio da explicação de uma finalidade qualquer.

Segundo o autor, ao se tomar uma finalidade e colocá-la na origem de algo, tem-se um erro que é comum a toda espécie de historiografia, pois os historiadores e genealogistas⁶⁰ não conseguem se desligar da gramática e da lógica. Em contraposição a esse procedimento Nietzsche afirma que “... algo existente, que de algum modo chegou a se realizar, é sempre reinterpretado para novos fins, requisitado de maneira nova, transformado e redirecionado para uma nova utilidade, por um poder que lhe é superior...”⁶¹. Dessa forma, opõe-se à idéia

⁵⁹ Com fundamento diferente, mas muito próximo a esse raciocínio, ver PASUKANIS, Eugeny Bronislavovic. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Tradução de Soveral Martins. Coimbra: Perspectiva Jurídica, 1972. p. 183 e seguintes. “O repúdio da reparação sob a forma de dinheiro põe em evidência, em suma, o facto de que a efusão de sangue constitui o único equivalente para o sangue já vertido. De fenómeno puramente biológico a vingança transforma-se numa instituição jurídica a partir do momento em que se liga à forma de troca equivalente, da troca medida por valores”. p. 188.

⁶⁰ ver a distinção entre a genealogia de Nietzsche e a genealogia de outros pensadores em PASCHOAL, Antonio Edmilson. **A genealogia de Nietzsche**. Curitiba: Champagnat, 2003. p. 74

⁶¹ “... Mas todos os fins, todas as utilidades são apenas indícios de que uma vontade de poder se assenhorou de algo menos poderoso e lhe imprimiu o sentido de uma função; e toda a história de uma ‘coisa’, um órgão, um uso, pode desse modo ser uma ininterrupta cadeia de signos de sempre novas interpretações e ajustes, cujas causas nem precisam estar relacionadas entre si, antes podendo se suceder e substituir de maneira

de que alguma *coisa* permaneceria na história independente da ação do tempo. Entende por *coisa* uma cadeia de novas interpretações que aparece e desaparece pela ação de formas de vontade de poder.

Ainda em relação ao tema castigo, Nietzsche afirma que há de se distinguir nele dois aspectos: o que nele é relativamente duradouro, por exemplo, o costume, o ato, o “drama, uma rigorosa freqüência de procedimentos, e aquilo que é fluido, o sentido, a finalidade, a expectativa ligada à realização desses procedimentos”.⁶² Logo em seguida, enumera uma quantidade razoável de finalidades que podem ser atribuídas ao castigo. Afirma o autor:

Para ao menos dar uma idéia de como é incerto, suplementar e acidental o ‘sentido’ do castigo, de como um mesmo procedimento pode ser utilizado, interpretado, ajustado para propósitos radicalmente diversos, eis o elenco que me resultou de um material relativamente pequeno e casual. Castigo como neutralização, como impedimento de novos danos. Castigo como pagamento de um dano ao prejudicado, sob qualquer forma (também na compensação afetiva). Castigo como isolamento de uma perturbação do equilíbrio, para impedir o alastramento da perturbação. Castigo como inspiração de temor àqueles que determinam e executam o castigo. Castigo como espécie de compensação pelas vantagens que o criminoso até então desfrutou (por exemplo, fazendo-o trabalhar como escravo nas minas). Castigo como segregação de um elemento que degenera (por vezes de todo um ramo de família, como prescreve o direito chinês: como meio de preservação da pureza da raça ou de consolidação de um tipo social). Castigo como festa, ou seja, como escárnio de um inimigo finalmente vencido. Castigo como criação de memória, seja para aquele que sofre o castigo – a chamada ‘correção’ -, seja para aqueles que o testemunham. Castigo como pagamento de um honorário, exigido pelo poder que protege o malfeitor dos excessos da vingança. Castigo como compromisso com o estado natural da vingança, quando este é ainda mantido e reivindicado como privilégio por linhagens poderosas. Castigo como declaração e ato de guerra contra um inimigo da paz, da ordem, da autoridade, que, sendo perigoso para a comunidade, como violador dos seus pressupostos, como rebelde, traidor e violentador da paz, é combatido com os meios que a guerra fornece.⁶³

Por óbvio, o objetivo desse trabalho não é discutir todo o pensamento filosófico de Nietzsche. Com essas poucas observações, apenas se busca

meramente casual.” NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Genealogia da moral: uma polêmica**. Tradução de Paulo César de Souza. – São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 66.

⁶² NIETZSCHE, op. cit., p. 68.

⁶³ Idem. p. 69.

demonstrar que esse grande pensador alemão já indicava parcialmente, em seu trabalho de 1887⁶⁴, aquilo que a criminologia crítica vem identificando: a existência de finalidades simbólicas e latentes da pena criminal.

Seção II - A prevenção especial

O direito penal deve combater o delito: *punitur, ne peccetur*. Cabe perguntar, no entanto, se o direito penal conserva sua legitimação depois que o fato que se pretendia evitar já tenha sido cometido. De acordo com a teoria em análise, temos que, ao praticar o fato, o autor demonstra sua hostilidade para com o direito e sua perigosidade para atos futuros de lesão a bens jurídicos. Por essa razão o agente deve ser submetido à pena criminal.⁶⁵

Na Europa, já há uma longa tradição que procura substituir um direito penal por um direito de medidas de segurança. Esta idéia tem por fundamento o fato de que o criminoso seja um doente psíquico ou social, e que, ao invés de punido, deveria ser tratado.⁶⁶

A teoria da prevenção especial pretende evitar a prática de delitos voltando-se exclusivamente ao indivíduo em particular, tendo por objetivo que esse não volte a delinqüir.

BITTENCOURT indica várias correntes que admitem uma postura preventivo-especial da pena, demonstrando um possível “retorno a von Liszt”.

⁶⁴ Em relação à data do texto de Nietzsche, esse dado foi retirado da obra de PASCHOAL, Antonio Edmilson. **A genealogia de Nietzsche**. Curitiba: Champagnat, 2003.

⁶⁵ MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal: parte general. Teoria general Del derecho penal y estructura del hecho punible**. vol. 1, traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Henrique Aimone Gibson, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994. p. 80.

⁶⁶ ROXIN, Claus. **Tem futuro o direito penal? In Estudos de direito penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 09

Destaca, na França, a teoria da Nova Defesa Social, de Marc Ancel, na Espanha, a Escola correcionalista, de inspiração krausista, e na Alemanha, o pensamento de Von Liszt.⁶⁷

Comumente se afirma que as teorias da prevenção especial se afirmaram com vigor na segunda metade do século XIX, por força da escola positivista sociológica tanto alemã como italiana. No entanto, FIGUEIREDO DIAS faz uma ressalva, corrigindo essa idéia. Afirma que uma consideração histórica do direito penal português coloca a influência decisiva das doutrinas da prevenção especial num momento histórico anterior: aquele em que a denominada escola correicionalista (na Península Ibérica) cria suas teses próprias. Afirma o autor lusitano que essas escolas “convergiavam na idéia de que todo homem é, por sua natureza, suceptível de ser corrigido, pelo que a pena se deve, antes de tudo, propor operar a correção do delinqüente como única (e melhor) forma de evitar que ele, no futuro, continue a cometer crimes”.⁶⁸

Influenciada pelo utilitarismo, essa teoria se afasta do pensamento utilitarista do qual parte o Contrato Social. De acordo com BUSTOS RAMÍREZ, a prevenção toma um sentido diferente ao mover a finalidade da pena para fora das estruturas do sistema.

Essa nova concepção de direito penal, construído sobre as bases do positivismo, leva à defesa social passar de uma responsabilidade moral a uma responsabilidade social decorrente do determinismo e da perigosidade dos

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado..., p. 80.

⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 104

sujeitos.⁶⁹ O objetivo do direito penal, agora, é atuar diretamente sobre o indivíduo, com o objetivo de reabilitá-lo socialmente.⁷⁰

A teoria em análise parte da idéia de que o indivíduo que pratica um crime é portador de um desvio social que necessita de correção. E compete à pena efetuar essa função corretiva, de acordo com as características pessoais de cada pessoa que precisa dessa correção. Disso se extrai que existirão diversas formas de o Estado reagir ao delito. Segundo Franz von LISZT, a prevenção especial pode atuar de três formas: assegurando a comunidade frente aos delinqüentes pela sua inocuização; intimidando o autor, mediante a pena, para que não cometa no futuro novos delitos e; evitando a reincidência mediante sua correção.⁷¹

Assim, são colocadas em contraposição a culpabilidade individual da pessoa (indeterminismo) e a perigosidade do indivíduo (determinismo). A causalidade dos fatos sociais e individuais é explicada com base em uma concepção naturalística do mundo, e a correção do criminoso se submete a uma análise experimental. Em verdade, buscava-se explicar melhor a causalidade dos fatos individuais e sociais. Pretendia-se explicar a razão da existência do homem delinqüente.⁷² Em relação ao tema, referindo-se à reação frente à Escola Clássica, afirma BARATTA que “a reação ao conceito abstrato de indivíduo leva a Escola positiva a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se prenda à

⁶⁹ Ao lado das teorias que afirmavam ser o delinqüente portador de um desvio social, LOMBROSO, buscando uma explicação científica para o crime, asseverou que o delito é um fenômeno de atavismo orgânico e psíquico. Chegou a esta conclusão após um estudo antropológico e uma análise confrontativa entre o homem selvagem e o homem delinqüente, encontrando em um e em outro idênticos caracteres somáticos e psíquicos. O criminoso típico seria uma reprodução do homem selvagem nas sociedades modernas. Sobre o tema: ARAGÃO. Antonio Moniz Sodré. **As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo)**. 4. ed., Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938. p. 128 e ss.

⁷⁰ BUSATO/HUAPAYA, Introdução ao direito penal..., p. 220

⁷¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal..., p. 86

⁷² BUSATO/HUAPAYA, Introdução ao direito penal..., p. 221

tese indemonstrável de uma causação espontânea mediante um ato livre de vontade, mas procure encontrar todo o complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo”.⁷³

O objeto de estudo não é mais o crime, mas sim o homem delinqüente. Substitui-se o livre-arbítrio (que fundamentava a culpabilidade) pelo determinismo, fundamentado em fatores físicos e sociais. Contrapõe-se à responsabilidade moral, limitada pela culpabilidade, a responsabilidade social, que deriva da perigosidade do indivíduo, sem qualquer limitação da pena a ser aplicada.

O autor que mais influenciou a geração de penalistas adeptos da prevenção especial foi Franz von LISZT. Ele colocou o direito penal em relação a uma política jurídica orientada de acordo com pontos de vista racionais, em que a idéia de fim deve ser a portadora do avanço jurídico.⁷⁴ Ao contrário dos positivistas da Escola Sociológica, ele não desconsidera a culpabilidade. Admite a atitude dos homens para conduzir seus atos. Daí excluir a responsabilidade dos inimputáveis, ao contrário dos positivistas, já que para eles a responsabilidade social deriva do determinismo e da perigosidade individual.⁷⁵

Para LISZT, a necessidade de pena mede-se de acordo com a necessidade de se evitar a prática de novos crimes por parte do indivíduo. A pena obedece à finalidade de ressocializar e reeducar o delinqüente corrigível, intimidar aqueles que são intimidáveis⁷⁶, e neutralizar os incorrigíveis.

⁷³ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica... p. 38.

⁷⁴ JESCHECK, Hanz-Hainrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal Parte General**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., Granada: Comares Editorial, 2002. p. 78

⁷⁵ Idem. p. 222

⁷⁶ A intimidação do indivíduo consiste na atemorização do mesmo até o ponto de reprimir neles a vontade praticar futuros delitos.

Aponta HASSEMER que, se se leva em conta o objetivo de ressocializar o indivíduo, coincidem os discursos dos críticos do Direito Penal, tanto os de esquerda, como os de direita. Afirma o autor: “(...) o êxito da socialização é a melhor segurança para a sociedade diante do antigo delinqüente; através de uma execução penal ressocializadora intensa, nos custos e no aspecto pessoal, a sociedade pagaria uma parte da culpa que tem carregado consigo pela socialização defeituosa desses indivíduos.”⁷⁷

E se o projeto ressocializador da pena fracassa? Aí o membro doente da sociedade deve ser neutralizado (prevenção especial negativa). Nessas situações não há de se excluir a possibilidade da aplicação de medidas como a pena de morte ou a prisão perpétua.

Sobre a mesma base do positivismo, surge em outros países da Europa movimentos políticos criminais que tentaram explorar o direito penal de fins. Esse desenvolvimento teve importantes conseqüências na Itália, cuja política influenciou a América do Sul. Na Itália o psiquiatra LOMBROSO publica a sua tese segundo a qual as causas do delito teríamos que buscá-las em certas causalidades inatas da pessoa (“criminoso nato”), enquanto o jurista Enrico Ferri destacou os fatores sociais como determinantes da prática dos delitos.⁷⁸

O programa político-criminal dessa Escola penal é continuado pela *Société Internationale de Défense Sociale*, fundada em 1947 pelo italiano Filippo Gramatica. Sua corrente mais radical quis substituir o conceito de delito pelo de

⁷⁷ HASSEMER, Winfried. Introdução... p. 374

⁷⁸ Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal Parte General**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., Granada: Comares Editorial, 2002. p. 79/80

antissociabilidade, a culpabilidade pela periculosidade, e a pena pela medida de segurança.⁷⁹

Hoje, em relação à prevenção especial, temos um discurso que caminha nesta direção: a pena deve ser aplicada para evitar crimes futuros, de duas maneiras: ou através da correção do sujeito (práticas ressocializadoras, educativas, que possui a denominação de prevenção especial positiva), ou através da separação do sujeito da sociedade, tornando-o inócuo, neutralizando-o (que possui a denominação de prevenção especial negativa).

Quanto a essa última, algumas considerações. A idéia dessa teoria parece muito simples: segregado, o indivíduo não teria como novamente atingir a sociedade. Compara-se o Estado com qualquer outro indivíduo. Argumenta-se que quando o administrado cede direitos ao Estado para tutelá-lo (pacto social), autoriza-o a se defender contra manifestações que ponham em risco seu interesse ou sua própria existência. Atuando em legítima defesa, o Estado está autorizado a ser violento.

Algumas considerações sobre ela: essa função de evitar a criminalidade do indivíduo pela sua neutralização é válida, mas somente em parte. O sujeito que é inserido no sistema penal deixa de praticar delitos apenas em meio às pessoas que estão em liberdade. No entanto, até por uma questão de sobrevivência, aprende a praticar os delitos típicos da situação daqueles que estão encarcerados: uso de entorpecentes, lesões corporais em pessoas de gangues rivais, pequenas fraudes para que agentes penitenciários permitam maior flexibilidade no sistema de disciplina, etc.

⁷⁹ Idem. p. 80

Mais que isso, em relação à sua função de evitar a criminalidade, vimos que essa teoria é a que mais se aproxima de seu objetivo, mas ainda assim não é suficiente. Mas, em relação à sua finalidade real ou latente, trata-se de um êxito retumbante: o isolamento de certos indivíduos garante as condições fundamentais da sociedade capitalista. A pena criminal garante a separação entre a força de trabalho (trabalhador) e os meios de produção. Nas palavras de Juarez CIRINO DOS SANTOS:

(...) o valor de uso da pena criminal constitui utilidade atribuída ao valor de troca da pena criminal, sob as formas de prevenção especial e geral, cujas funções declaradas ou manifestas são ineficazes, mas cujas funções reais ou latentes de garantia das condições fundamentais da sociedade capitalista, são eficazes: garantem a separação força de trabalho/meios de produção, sobre a qual assenta o modo de produção fundado na contradição capital/trabalho assalariado (...) a desigualdade social social e a opressão de classe do capitalismo é garantida pelo discurso penal da correção/neutralização individual...⁸⁰

Sumariamente exposta a teoria da prevenção especial, passemos às críticas.

§1º Algumas críticas

Os autores da Escola Positiva partiam de uma concepção do fenômeno do crime segundo a qual este é visto como um dado ontológico, anterior ao direito penal e às reações sociais frente à conduta desviada. Logo, trata-se de um objeto de estudo que pode ser verificado em suas causas. Ignoravam, portanto, os processos de definição social (processos de criminalização) pelos quais passam determinadas pessoas: pobres, negros, bêbados, loucos, mendigos, etc. .

Para se analisar a teoria da prevenção especial, indispensável uma breve análise sobre a obra de FOUCAULT. No resumo dos Cursos do Collège de France

⁸⁰ CIRINO DOS SANTOS. Juarez. Teoria da pena... p. 24

(1970-1982), no período de 1973 a 1974, o autor trabalha o tema “o poder psiquiátrico”⁸¹. Começa afirmando que a loucura, antes do século XVIII, não era sistematicamente internada. No começo da Idade clássica, a loucura era vista como uma das quimeras do mundo; podia-se viver com ela e não existia a necessidade de a mesma ser separada, a não ser quando tomavas formas perigosas.

Entendia-se que o lugar em que a loucura deveria ser tratada não podia ser o espaço artificial de um hospital. O lugar terapêutico reconhecido era a própria natureza, as prescrições habitualmente dadas pelos médicos eram o repouso, o retiro, a perda do contato com o mundo artificial das cidades, etc.

É no século XIX que surge a prática do internamento. Tal prática coincide com a percepção da loucura menos como algo errado do que algo relacionado à conduta regular e normal. A loucura aparece como perturbação da forma de agir, de querer, de ter paixões, de tomar decisões e de ser livre; resumindo nas palavras de FOUCAULT: “ela se inscreve não mais no eixo verdade-erro-consciência, mas no eixo paixão-vontade-liberdade...”⁸².

O hospício terá papel significativo na tentativa de o doente voltar a ter uma conduta regular. Aqui o hospício tem um papel relevante: permite a descoberta sobre a verdade da doença mental, possui o objetivo de afastar tudo aquilo que pode mascarar a anomalia. Mais que isso, o hospital é um local de afrontamento.

⁸¹ FOUCAULT, Michel. **Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)**. Tradução Andréa Daher. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997. p. 47/57

⁸² Idem. p. 48

Afirma o pensador francês: “a loucura, vontade perturbada, paixão pervertida, deve encontrar aí uma vontade reta e paixões ortodoxas.”⁸³

É dessa forma que aparece a função do hospital psiquiátrico. Trata-se de um local de combate entre a vontade doente (do anormal), que poderia tranqüilamente ficar incompreensível (desde que não se manifestasse de forma perigosa), e a vontade reta do médico. E aqui a importância do médico de hospício: “é ao mesmo tempo aquele que pode dizer a verdade da doença pelo saber que detém sobre ela, e aquele que pode produzir a doença na sua verdade e submetê-la na realidade, pelo poder que a sua vontade exerce sobre o próprio doente”.⁸⁴

As técnicas ou procedimentos praticados nos hospícios tinham por objetivo fazer do médico aquele que faz aparecer a loucura na sua verdade (a despindo de qualquer disfarce) e aquele que a domina e a faz desaparecer.⁸⁵

Em outra parte da obra de FOUCAULT, agora em Vigiar e Punir, o mesmo destaca que a ideologia da ressocialização foi, originariamente, um movimento de reação a uma criminalidade de massas operárias pela falta de trabalho e o empobrecimento da população. Surgem, nessa época, as figuras dos mendigos, andarilhos, vagabundos, etc., os quais necessitavam de um controle. Mas, desde o início, este movimento estava acompanhado de uma ética preventiva individual,

⁸³ Idem.

⁸⁴ Idem. p. 49

⁸⁵ “Todas as técnicas ou procedimentos praticados nos hospícios do século XIX – o isolamento, o interrogatório privado ou público, os tratamentos-punições como a ducha, as entrevistas de cunho moral (encorajamentos ou sermões), a disciplina rigorosa, o trabalho obrigatório, as recompensas, as relações preferenciais entre o médico e alguns de seus doentes, as relações de vassalagem, de posse, de domesticidade, por vezes de servidão, que ligavam o doente ao médico – tudo isso tinha por função fazer do personagem médico o ‘mestre da loucura’: aquele que faz aparecer na sua verdade (quando ela se esconde, quando permanece escondida e silenciosa) e aquele que a domina, a apazigua e a faz desaparecer, depois de tê-la sabiamente desencadeado”. (FOUCAULT, Michel. Resumo... p. 49)

devido à disseminação da idéia do trabalho moral calvinista que tinha por objetivo tornar as pessoas que ocupavam as prisões em cidadãos decentes através da oração, da cultura e, principalmente, do trabalho.⁸⁶

Essa apresentação mínima de algumas idéias de FOUCAULT serve para demonstrar a capacidade que as agências de controle (no texto de autor, representados pelos médicos de manicômios) possuem em relação à definição da loucura e, analogicamente, da criminalidade⁸⁷. Esse raciocínio se estende ao conceito de perigosidade do criminoso: é a polícia que o identifica, o Ministério Público o acusa como um delinqüente perigoso, e o magistrado confirma esse processo de construção do inimigo.

No Brasil, o discurso criminológico (tradicional, não o crítico) surge com a necessidade de se controlar os criminosos, loucos e menores de idade (atualmente denominados crianças e adolescentes), que não se adequaram às regras de convivência. Assim, diante de suas particularidades, necessitavam de uma análise mais apurada para a descoberta das motivações das transgressões à ordem. Precisa-se de um discurso (dito) científico para encobrir a ilegitimidade de

⁸⁶ Sobre a horrenda manipulação das massas através do discurso do trabalho, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho se manifesta da seguinte maneira: “Ora, no fundo, o que é necessário é parar de viver esse sonho e tratar de acordar para a realidade. Parar de viver esse sonho que vivemos a partir da manipulação discursiva. Mais ou menos aquilo que a gente vê, na porta dos campos de concentração dos nazistas. Pois saiba que o que mais me chocou no campo de concentração de Dachau, perto de Munique, na Alemanha, não foram os fornos crematórios (...). Não! O que mais me chocou foram os dizeres na porta principal, que, por sinal, está escrito também, salvo engano, em Buchenwald, *arbit macht frei* – o trabalho liberta. **Não há nada no mundo que seja mais significativo do que o golpe de linguagem; do que o giro de discurso; do que isso que está aí como lobo em veste de cordeiro.**” (grifei) MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. **O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado Social**. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 10, p. 57.

⁸⁷ Trato aqui do texto referente à loucura para demonstrar que, por mais que o fundamento da Escola Positivista estivesse certo, vendo a origem da criminalidade numa deficiência biológica do delinqüente, a capacidade de seleção de pessoas por parte dos operadores das “agências de controle da loucura” pode ser idêntica à capacidade de seleção daqueles que operam as agências de controle social (Polícia, Ministério Público, Magistratura, etc.). Sobre o processo seletivo realizado pelas agências de controle da criminalidade, do mesmo autor, Vigiar e punir.

um tratamento desigual, buscando-se, sempre com “boas intenções”, a recomposição da ordem e da disciplina.⁸⁸

Conseqüência disso é a supressão de garantias conquistadas pela Escola Clássica – princípio da legalidade, responsabilização pela culpabilidade, pena retributiva, procedimento acusatório com direito a ampla defesa, etc. – e, diante da evolução científica (ou novos métodos de dominação?) surge a necessidade de se aplicar a cada criminoso, diante de sua particularidade, a correta medida da pena como defesa social.⁸⁹

Reflexo dessa irracional supressão de garantias (orientada por resquícios do pensamento da Escola Positiva), encontramos na legislação brasileira o instituto da reincidência. Afirmam Maria Lúcia KARAM que a inclusão da reincidência como circunstância agravante da pena contradiz-se com a essência da categoria da qual faz parte: a reiteração delitiva não está ligada ao fato ilícito, não se trata de uma particularidade do mesmo, ela está ligada à pessoa que praticou o crime.⁹⁰ Da mesma forma podemos apontar o critério da periculosidade do agente como um dos elementos previstos no artigo 59 do Código Penal.

Mais que isso, se a perigosidade é um juízo fático sobre a pessoa, não se trata de uma perigosidade presumida, mas sim de uma ficção de perigosidade. Além do mais, o cumprimento de uma pena anterior reforça a motivação do indivíduo contrária à norma, o que demonstra que a execução da pena não foi

⁸⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. **Direito Infracional: Garantismo, Psicanálise e Movimento Anti Terror**. Florianópolis: Habitus, 2005. p. 36

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed., Niterói: Luan Editora, 1993. p. 187

producente, o que torna irracional a insistência na mesma forma de reagir ao delito, e pior, com maior intensidade.⁹¹

Expressões como perigosidade, reincidência, conduta social, são incompatíveis com um direito penal do ato. Pune-se a pessoa pelo que ela é, e não pelo que ela fez. Com isso, pode-se violar postulados garantistas como o da legalidade e o da culpabilidade.

Vejamos, agora, algumas observações de Zaffaroni.

Seguindo um modelo médico-policial, tenta-se legitimar o poder punitivo atribuindo-lhe uma função positiva de melhoramento do próprio infrator. Parte-se do pressuposto de que a pena é um bem para quem a sofre, de caráter moral ou psicofísico.⁹²

Se a sanção é um bem para o condenado, pois visa melhorá-lo, a medida da pena é a necessária para realizar a ideologia de ressocialização que for sustentada, não havendo uma predeterminação antes do cometimento do delito. Mais, não seria necessária a existência do crime para que se fosse aplicada à pessoa o benefício que é a pena. O crime seria um mero sintoma de inferioridade, que seria suficiente a legitimar a intervenção do Estado na liberdade do indivíduo. O Estado, conhecedor do que é melhor para a pessoa e para a sociedade, deve alterar *o ser* do indivíduo e lhe impor seu modelo de homem.

No âmbito jurídico seriam perfeitamente admitidas a analogia legal, e seu correlato no processo penal, que é a inquisitorialidade. Seriam instituições

⁹¹ Idem. p. 188

⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 126

humanitárias que ultrapassariam as barreiras limitadoras da intervenção estatal (princípio da legalidade, acusatoriedade, ampla defesa), pois esses entraves principiológicos não teriam sentido já que o objetivo da pena é sempre promover o bem ao indivíduo.⁹³

Hoje, através da sociologia do direito penal, está comprovado que a pena criminal deteriora o indivíduo captado pelo sistema. Sabe-se que a prisão possui as características negativas das instituições totais (manicômios, conventos, etc.) e a literatura demonstra seu efeito nefasto, irreversível em longo prazo.

Não se pode sustentar o objetivo de melhorar um indivíduo através de uma instituição deteriorante. ZAFFARONI aponta que é “uma impossibilidade estrutural não-solucionada pelo leque de ideologias *re*: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação. Estas ideologias encontram-se tão deslegitimadas, frente aos dados da ciência social, que utilizam como argumento em seu favor a necessidade de serem sustentadas apenas para que não se caia num retribucionismo irracional, que legitime a conversão dos cárceres em campos de concentração.”⁹⁴

Os riscos de homicídios e suicídios em prisões são muito maiores do que os da vida em liberdade. Abusos sexuais, corrupção, carências médicas, alimentares e higiênicas, além de infecções, algumas mortais, tornam a privação da liberdade do indivíduo em algo muito além do que é determinado pela sentença

⁹³ Idem. p. 126/127

⁹⁴ Idem.

condenatória. O confronto da realidade dos dados trazidos pelas ciências sociais com o discurso jurídico demonstra a fragilidade da teoria por ele produzida.⁹⁵

A prevenção especial tem que fracassar. Há um processo simultâneo de desculturação e aculturação: o sujeito se afasta das normas da vida em comum e, uma vez em liberdade, vai se adaptando às novas normas, novos processos, como a violência e a malandragem.⁹⁶

Sobre os nefastos efeitos da prisão, manifesta-se Evandro Lins e SILVA:

Prisão é de fato uma monstruosa opção. O cativo das cadeias perpetua-se ante a insensibilidade da maioria, como uma forma ancestral de castigo. Para recuperar, para ressocializar, como sonharam os nossos antepassados? Positivamente, jamais se viu alguém sair de um cárcere melhor do que entrou. E o estigma da prisão? Quem dá trabalho ao indivíduo que cumpriu pena por crime considerado grave? Os egressos do cárcere estão sujeitos a uma outra terrível condenação: o desemprego. Pior que tudo, são atirados a uma obrigatória marginalização. Legalmente, dentro dos padrões convencionais não podem viver ou sobreviver. A sociedade que os enclausurou, sob o pretexto hipócrita de reinseri-los depois em seu seio, repudia-os, repele-os, rejeita-os. Deixa, aí sim, de haver alternativa, o ex-condenado só tem uma solução: incorporar-se ao crime organizado. Não é demais martelar: a cadeia fabrica delinquentes, cuja quantidade cresce na medida e na proporção em que for maior o número de presos ou condenados.⁹⁷

Ainda, o apontamento de VIVES ANTON e COBO DEL ROSAL no sentido de que o conteúdo dos conceitos de reeducação e reinserção social varia segundo se afirme a partir da perspectiva de um Estado Social de Direito, em uma sociedade democrática e pluralista, ou a partir de um Estado com políticas menos progressistas.⁹⁸

⁹⁵ Idem

⁹⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Novas hipóteses de criminalização**. Tal artigo pode ser encontrado em www.cirino.com.br - artigos – Novas hipóteses de criminalização.

⁹⁷ SILVA, Evandro Lins e. **De Beccaria a Filippo Gramatica, in Sistema Penal para o Terceiro Milênio**. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 40

⁹⁸ COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTON, T.S. **Derecho Penal: parte general**. 2. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1987. p. 559

Outros argumentos contra a prevenção especial extraímos da própria literatura jurídica. STRATENWERTH aponta algumas falhas⁹⁹.

Primeiro, seguindo o raciocínio lógico de que é óbvio que os pressupostos de uma medida preventivo-especial devem ser outros que os correspondentes a uma pena referida à culpabilidade, citando Von Liszt, afirma que apenas a pena necessária é justa. No entanto, apenas é necessária a pena que faz falta para evitar a reincidência individual do autor. Assim, existiriam crimes graves que deveriam ficar impunes quando fosse praticamente inexistente a possibilidade de reincidência, como o exemplo de um homicídio doloso praticado em uma situação especial de conflito (exemplo da tábua de Carniades). Por outro lado, seria necessária a imposição de uma pena grave ao agente que, embora atue sem culpabilidade, é perigos por padecer de uma doença psíquica.

Segundo, medidas de prevenção especial bem dirigidas pressupõem conhecimentos exatos acerca de se existe o perigo de reincidência do autor específico, e de quão alto poderia ser esse perigo. No entanto, na maioria dos casos é impossível tal averiguação.

Terceiro, se desde sempre se tem afirmado que a probabilidade de reincidência se incrementa de forma proporcional ao número de antecedentes criminais, não se pode ignorar que o próprio processo de punição favoreça a reincidência.

⁹⁹ Os argumentos abaixo são retirados de STRATENWERTH, Günther. **Derecho Penal, parte general I. El hecho punible**. Tradução da quarta edição alemã por Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires: Hamurabbi, 2005. p. 39/40

Por sua vez, ROXIN indica outras ressalvas. Afirma que o defeito mais grave da prevenção especial positiva consiste no fato de que, ao contrário da teoria da retribuição, não há um limite para a pena. E isso pode conduzir a uma condenação a um indivíduo por tempo indeterminado. Mais que isso, inclusive se poderia admitir um tratamento ressocializador quando alguém aparecesse como uma pessoa que apresentasse grande grau de perigosidade, sem que sequer fosse comprovado que praticou um delito.¹⁰⁰

Em sua obra *Direito e Razão*, FERRAJOLI realiza críticas contundentes à ideologia da pena ressocializante¹⁰¹. Primeiro, afirma que as doutrinas da emenda confundem direito e moral: considera-se o criminoso um pecador que precisa ser educado, atribuindo à pena funções benéficas de reexame interior. Preleciona o autor italiano: “Tal fato se reflete na própria forma do julgamento, orientando-o à análise da alma e à observação psicossomática do réu, mais do que à individualização de sua conduta, em consonância com modelos subjetivados de direito penal baseados sobre o ‘tipo de delinqüente’ e sobre a periculosidade *ante-delictum*, ao invés de sobre o ‘tipo de delito’ cometido.”¹⁰²

A ideologia da pena-tratamento, concebendo a pena como um “bem” superior ao Direito, e o delito como um “mal” moral ou “doença” natural ou social, é a menos garantista das ideologias penais, justificando modelos de direito penal máximo e sem limites.¹⁰³ Legitimam-se penas de natureza e duração indeterminadas, ficam elas sujeitas a mudanças dependendo de alterações das

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* p. 88

¹⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Juarez Tavares e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 218/220

¹⁰² Idem. p. 218

¹⁰³ Idem.

necessidades de correção e cuja finalidade é a cura ou arrependimento do criminoso.¹⁰⁴

Outra objeção feita por FERRAJOLI relaciona-se ao fim pedagógico e educador da pena criminal. Afirma que esses fins não são realizáveis. A experiência demonstra que não existem penas corretivas ou de caráter terapêutico. Mostra, sim, o contrário. A prisão é um lugar criminógeno, voltada à educação ao crime. Assim, punição e educação são incompatíveis, assim como liberdade (treinamento para a vida em sociedade) e privação de liberdade. Diante disso, a única coisa que se espera da prisão é que seja o mínimo possível dessocializante.¹⁰⁵

Na mesma linha de críticas à prevenção especial positiva, preocupado com questões empíricas, HASSEMER desenvolve o seguinte argumento:

(...) dificilmente se pode oferecer um conhecimento fidedigno sobre o êxito da ressocialização. O argumento predileto das cifras de reincidência que (...) desautorizam a idéia de ressocialização, em uma análise mais profunda, é inutilizável. Por um lado, através de tais estatísticas só se conhece a criminalidade manifesta, investigada e condenada. A cifra negra continua obscura, sobre a criminalidade “real” só se podem fazer suposições.

O fato de que a idéia de ressocialização não pode apresentar resultados mensurados, é um encargo muito grande. Em uma cultura jurídica orientada *output*, um instituto que descreve justamente os efeitos empíricos comprováveis em sua bandeira fica em apuros se não pode impor de modo perfeitamente metódico esses efeitos.¹⁰⁶

Agora, de forma mais contundente, apresenta algumas outras ressalvas à ideologia da ressocialização: 1) as penas privativas de liberdade estigmatizam; 2) elas isolam o preso não apenas em relação ao espaço físico, mas também socialmente; 3) priva-se o preso de seus contatos sociais. Logo, educar para a liberdade em condição de não liberdade é o grande paradoxo que representa a

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Idem. p. 219

¹⁰⁶ HASSEMER, Winfried. Introdução... p. 377/378

ideologia da ressocialização; 4) o preso é levado a um ambiente social que o mantém afastado do convívio em sociedade. Na prisão ele desaprende técnicas de convívio social e aprende outras úteis ao convívio na prisão, e não à vida em liberdade.¹⁰⁷

No mesmo sentido dos autores críticos, o Professor Juarez Cirino dos Santos observa que:

A crítica científica à ineficácia dos princípios da ideologia punitiva (correção, trabalho, educação, penitenciária, modulação da pena, controle técnico da correção, etc.) indica que a prisão não reduz a criminalidade, provoca a reincidência, fabrica delinquentes, favorece a organização de criminosos e, finalmente, não corrige (com suas técnicas rudimentares), nem pune (com suas penas sem rigor): a história do projeto 'técnico-corretivo' do sistema carcerário é a história simultânea de seu fracasso. O 'poder penitenciário' se caracteriza por uma 'eficácia invertida' (produção da recorrência criminal) e por um 'isomorfismo reformista' (reproposição do mesmo projeto, em cada constatação histórica de seu fracasso).¹⁰⁸

Processualmente, tal ideologia apresenta outro problema: num modelo processual garantista, as teses devem ser demonstradas por meio de um juízo (verdadeiro ou falso) que possa ser experimentado através de provas. A elasticidade do conceito de perigosidade torna o ato jurisdicional algo exageradamente arbitrário.¹⁰⁹

Temos alguns outros problemas de ordem prática. O discurso científico (?) oriundo da criminologia etiológica individual é facilmente incorporado ao espírito e às práticas sociais. Basta pensarmos na forma de como alguns preconceitos, fundados em discursos (ditos) científicos, orientam decisões das agências de controle social.

¹⁰⁷ Idem. p. 378

¹⁰⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 56.

¹⁰⁹ CARVALHO, Salo. **Penas e garantias**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris editora, 2003. p. 140

O conceito de perigosidade, orientador de práticas policiais e judiciais, é totalmente influenciado por aspectos externos que não constam em laudos psiquiátricos¹¹⁰. A perigosidade tem que apresentar algum sinal: pode ser a feiúra, a cor de pele, a classe social da qual faz parte o indivíduo. Enfim, faz-se necessário algum indicador que se amolde às “teorias científicas”. Daí Salo de CARVALHO advogar a necessidade de um novo processo de secularização do saber jurídico-penal. Não mais em relação aos vínculos entre direito e moral, mas sim “em relação à sincronia do saber jurídico com o saber naturalístico imperante e obscurecido pelo falso humanismo da Defesa Social”.¹¹¹

A esses indicadores externos que condicionam a atividade das agências de controle (atividade policial ou judicial) denominamos estigmas¹¹². O perigoso, aquele que necessita ser ressocializado, ou isolado pela ameaça que representa à ordem, é identificado por certas características que conformam a psicologia dos agentes da justiça criminal. Sua periculosidade é identificada mais por esses estigmas individuais, e menos pela própria lesão ao bem jurídico provocado por sua conduta.

E o que isso tem haver com a teoria da prevenção especial? Tudo. Temos um discurso jurídico de que a quantidade de pena a ser aplicada ao delinqüente deve ser orientada também pela sua periculosidade (artigo 59, do Código Penal Brasileiro). Mas a prática judicial demonstra que esse elemento não é inerente ao autor do delito, mas sim ao agente que aplica a sanção. Como assim? O conjunto

¹¹⁰ Até porque, por mais que quiséssemos, esses laudos psiquiátricos, devido à precariedade e à falta de responsabilidade de alguns técnicos que os realizam, não são confiáveis para qualquer objetivo.

¹¹¹ CARVALHO, Salo. op. cit., p. 140

¹¹² Sobre o tema, o excelente trabalho de BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: um estudo sobre o preconceito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

de representações, preconceitos, experiências individuais, idiossincrasias dos magistrados é que vai determinar o quão perigoso é o apenado, e, por conseqüência, o quanto de pena é necessário para recuperá-lo. Veja-se a passagem de Aury LOPES JUNIOR a respeito do tema:

Aqui está um outro grave problema: o juiz que assume uma cultura subjacente, de forte conotação de defesa social, incrementada pela ação persistente dos meios de comunicação, reclamando menos impunidade e maior rigor penal (...). É aquele juiz que absorve esse discurso de limpeza social e assim passa a atuar, colocando-se no papel de defensor da lei e da ordem, verdadeiro guardião da segurança pública e da paz social. (...) Esse juiz representa uma das maiores ameaças ao processo penal e à própria administração da justiça, pois é presa fácil dos juízos apriorísticos de inverossimilitude das teses defensivistas; (...) introjeta com facilidade os discursos de “combate ao crime” (...) e transforma o processo numa encenação inútil, pois desde o início já tem definida a hipótese acusatória como verdadeira. Logo, invocando uma vez mais CORDERO, esse juiz, ao eleger de início a hipótese verdadeira, não faz no processo mais do que uma encenação, destinada a mascarar a hábil alquimia de transformar os fatos em suporte da escolha inicial. Ou seja, não decide a partir dos fatos apresentados no processo, senão da hipótese inicialmente eleita como verdadeira. A decisão não foi construída a partir da prova, pois ela já foi tomada de início. É o prejuízo que decorre do pré-juízo.¹¹³

E aqui se coloca outra questão: quem é que nos salva da perigosidade desses magistrados-psiquiatras cheios de boas intenções? Quem é que vai apontar o quão perigosos são eles para a nossa sociedade?

Enfim, a temida perigosidade dos criminosos, assim como a tão criticada existência do livre-arbítrio como fundamento da sanção penal, constitui também fato que não se comprova processualmente e, por conseqüência, inutilizável como critério de medição da pena.

Trata-se de mais uma prova de que as teorias jurídicas da pena apenas servem para racionalizar algumas irracionalidades.

Em suma, enquanto o discurso jurídico aponta para um lado, a prática judicial aponta para outro.

¹¹³ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 76/78

Seção III - A prevenção geral negativa

O modelo de pena que mais representa o período iluminista é o formulado por BECCARIA. Ao fundamentar a pena, faz o seguinte raciocínio: num momento (estado de natureza) em que os indivíduos pactuam para alcançar seus interesses próprios (e não coletivo, como querem alguns autores), cada um abre mão de parte de sua liberdade para que convivam num estado em que se negue a barbárie. A esse estado podemos denominar estado civil. Afirma que é a necessidade de rompimento com o estado de natureza que fez o homem se sujeitar às penas. E, ainda abrindo mão de parte de sua liberdade, essa parte é a menor possível, apenas a necessária para não se retornar ao estado de coisas anterior.

Vejamos as palavras do autor.

(...) cansados de viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; (...) Não bastava, porém, ter formado esse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois tal é a tendência do homem para o despotismo (...) Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico, que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis.¹¹⁴

Em poucas linhas, brilhantemente, HASSEMER oferece uma noção sobre a prevenção geral:

O velho princípio, segundo o qual um homem racional pune somente para o impedimento de futuros injustos, e não como resposta para os injustos passados, compreende a teoria da prevenção geral da pena, assim como a da prevenção especial. O futuro injusto não pode ser esperado somente daquele que já pecou uma vez, senão também de todos os outros. Estes outros são o ponto de referência da teoria da prevenção geral da pena.¹¹⁵

¹¹⁴ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução Flório de Angelis. Bauru: EDIPRO, 1993. p. 16/17

¹¹⁵ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução da 2ª. Edição alemã, revista e ampliada, de Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 403

De origem Iluminista, a visão de homem oferecida por essa teoria é caracterizada por uma racionalidade calculável. O homem do qual ela trata é aquele que faz parte do contrato social, ao qual é apresentado o que a violação do contrato (desrespeito às normas) tem por consequência, e por evidente racionalismo, renuncia à prática do crime, o que certamente não ocorreria caso o agente não tivesse temor da pena ameaçada pela norma.

A partir de uma opinião muito generalizada, o direito penal simboliza a resposta primária e natural ao delito, a mais eficaz. E essa eficácia depende da capacidade dissuasória do castigo, ou seja, da gravidade da pena. Entende-se que o incremento da violência deve-se à debilidade da ameaça das normas penais.¹¹⁶

Essa modalidade de prevenção geral não vê o fim da pena na retribuição nem em sua influência sobre a ressocialização do delinqüente, mas sim na influência sobre a comunidade que, mediante as ameaças de penas e a execução dessas, deve ser instruída sobre as proibições legais e afastar-se de sua violação. Trata-se, aqui, também de uma teoria que busca a prevenção de delitos, mas não a pena atuando especialmente sobre o condenado, mas sim sobre a generalidade das pessoas, considerando-as como potenciais delinqüentes.

Dita teoria foi desenvolvida por Paul Johann Anselm von FEUERBACH (1775 – 1833). Extraía sua doutrina da chamada “teoria da coação psicológica”. Imaginava a situação do potencial delinqüente que se encontrava entre dois

¹¹⁶ MOLINA, Antonio García-Pablos. **Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas**. 2. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1994. p. 241

impulsos: o que o impulsionava à prática do delito e aquele que impunha resistência a isso. Em sua obra de Direito Penal, realiza o seguinte raciocínio:

Todas las infraccionens tienen el fundamento psicológico de su origen em la sensualidad. Hasta el punto de que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que com toda seguridad su hecho irá seguido de um mal inevitable, que será mas grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión.¹¹⁷

Esta teoria tem por objetivo evitar a prática de delitos por meio da ameaça das normas penais, mas acaba sendo uma teoria da imposição e da execução da pena, pois, para que a ameaça produza efeito, faz-se necessário que essa ameaça seja eficaz, é dizer, as ameaças de pena devem ser concretizadas. Nessa linha, o próprio FEUERBACH:

el fin de infligir la pena está em la motivación de eficacia de la amenaza legal, em hasta qué punto sin ella esta amenaza careceria de contenido (sería ineficaz). Como la ley deve intimidar a todos los ciudadanos, aunque, sin embargo, la ejecución debe otorgale eficacia a la ley, el fin mediato (fin último) de la aplicación de la pena es asimismo la mera intimidación de los ciudadanos por la ley.¹¹⁸

Com pensamento semelhante, BECCARIA ao afirmar que o que intimida não é a quantidade de pena objeto da ameaça, mas sim a certeza da punição.

Para FEUERBACH, a grande atenção à finalidade da pena, diferente da idéia de terror, é o acento na pena como demonstração da efetividade da norma que ameaça. Segundo Anabela Miranda RODRIGUES¹¹⁹,

Os motivos pelos quais a pena deve ser aplicada "*quia paccatum est*" revelam, pois, em Feurbach, de duas ordens de razões: da exigência de tornar séria – isto é, portadora de consequências efetivas – a ameaça contida na lei penal, de tornar operante a coacção psicológica que deve ser o efeito daquela ameaça; e da exigência de garantir a legalidade e a certeza do direito que resulta da inteira obra feurbachiana: "a pena só deve ser aplicada se foi efectivamente cometido um fato previsto pela lei como crime; para justificar a aplicação da pena não é suficiente uma conduta perigosa por parte de um indivíduo (...),

¹¹⁷ ROXIN. Claus. Derecho Penal ... , p. 90.

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ RODRIGUES , Anabela Miranda. op. cit., p. 170/171

mas é necessário que tal conduta se concretize num facto qualificado pela lei como crime.”¹²⁰

Outro pensador que defendia a prevenção geral intimidatória foi BENTHAM.¹²¹ Deve-se a ele a aplicação do princípio de utilidade a todos os ramos do direito. Para o autor, o que justifica a pena é sua maior utilidade em relação ao delito. E em relação ao direito penal, esse raciocínio funciona da seguinte forma:

(...) No hay más que pesar sobre uno de los platillos de la balanza el mal de la sanción penal y sobre outro platillo outro mal , el delito, y se hallará que el primer mal es menos grave y por lo tanto preferible al segundo. El fundamento del derecho de castigar está todo en esto: en la mayor utilidad de la pena en relación com el delito.¹²²

Ao contrário de FEUERBACH, o fundamento do direito de castigar não se encontra no contrato social, mas sim na maior utilidade da pena em relação à utilidade do delito. Segundo BENTHAM, o mau da pena não deve ser accidental, mas sim querido. A finalidade da pena é a prevenção, que se divide em “particular”, se se refere à pessoa do delinqüente ou tende a eliminar o dano que dele possa derivar; e em “geral”, se se refere a terceiros, que possam ter os mesmos motivos para cometer os mesmos delitos. A prevenção “particular” possui três finalidades: neutralizar o indivíduo para deixá-lo incapaz de danificar a sociedade, emendá-lo e intimidá-lo. No entanto, a principal finalidade da pena é a prevenção geral.¹²³

¹²⁰ CATTANEO, citado por RODRIGUES, p. 171.

¹²¹ Sobre BENTHAM, algumas das informações aqui contidas foram retiradas de RAMÍREZ, Juan Bustos. **Manual de derecho penal español: parte general**. Barcelona: Ariel Derecho, 1984. p. 26/27

¹²² COSTA, Fausto. **El delito y la pena en la história de la filosofía**. México: Union Tipografica Editorial Hispano-America, 1953. p. 108/109

¹²³ Idem. p. 109

A utilidade da pena deriva de sua aptidão como instrumento de prevenção geral, que se realiza tanto através da ameaça da pena, quanto por meio de sua efetiva execução¹²⁴. O delito não é considerado algo mau, reprovável moralmente, mas está sim caracterizado pela sua danosidade social, por isso as penas “son males infligidos, según las formas jurídicas, a individuos convictos de um acto dañino, prohibido por la ley, y com el fin de prevenir actos semejantes”. Para que as penas cumpram sua finalidade útil hão de ter uma série de qualidades desejáveis: divisíveis, certas, iguais, mensuráveis, análoga ao delito, exemplares, econômicas (com grau de severidade necessário para alcançar sua finalidade), tendência à reforma moral, conversibilidade em proveito do lesionado, simplicidade em sua descrição e aplicadas em público. Por isso a importância do espetáculo da pena de morte, justamente para atingir uma maior efetividade da pena em sua capacidade preventivo-geral. Daí que também se preocupa com a execução da pena e ainda o lugar em que ela deve ser cumprida, desenvolvendo o sistema de construção penitenciária denominada Panóptico, que permitia executar a pena com mais alto grau de eficácia.¹²⁵ Em relação a BENTHAM, era isso.

A renúncia à retribuição em favor da prevenção transforma-se na principal linha de desenvolvimento em direito penal. A insegurança aparece no século XVIII quando surge a questão sobre quais são os fins a cuja disposição o direito penal

¹²⁴ COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTON, T.S. Derecho Penal: parte general. p. 568

¹²⁵ Sobre essa construção penitenciária denominada Panóptico, e sua disciplina, ver FOUCAULT, Vigiar e punir: a história da violência nas prisões.

coloca seu poder.¹²⁶ A resposta segue no caminho de que é à proteção dos bens mais importantes do homem. Principalmente a ordem comunitária¹²⁷, a vida e os bens jurídicos relacionados à pessoa é que sempre voltam a aparecer para a proteção por meio do direito penal preventivo. O direito penal protege os bens jurídicos através da intimidação de eventuais autores: aos que são educáveis, os educa; e aos reais autores que não o são, lhes impede a possibilidade de seguir praticando fatos puníveis.¹²⁸

Sobre os bens que devem ser protegidos pela lei penal, ROXIN, comentando sobre a política criminal contida no Projeto Alternativo do código penal alemão de 1962, afirma que

não se trata de uma censura moral a uma conduta, mas apenas a da sua qualidade de factor perturbador da ordem pacífica externa – cujos elementos de garantia se denominam bens jurídicos – que pode acarretar a imposição de penas estatais. Daqui resulta a conhecida exigência da reforma no sentido de que as acções que não afetam os direitos de ninguém e que se desenrolam entre pessoas adultas em privado (homossexualidade simples, sodomia, rufianismo, etc.), não cabem na esfera de legislação do legislador penal.¹²⁹

Mais sobre esse tema (condutas que devem ou não ser proibidas pelo direito penal) seria extrapolar o objetivo do trabalho, o que não significa que o assunto não é de importância para as ciências criminais. Ao contrário, trata-se de um tema que merece ser muito melhor explorado.

¹²⁶ Criticando a prevenção geral negativa, ROXIN indica o seu primeiro problema: “permanece em aberto a questão de saber face a que comportamentos possui o Estado a faculdade de intimidar. (ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed., Lisboa: Editora Veja, 1998. p. 23)

¹²⁷ A ordem comunitária como bem jurídico, retomada pela teoria da prevenção geral positiva de JAKOBS (ainda que com outras palavras), presume uma sociedade unitária, ignorando a existência de um pluralismo jurídico, característico das sociedades contemporâneas.

¹²⁸ NAUCKE, Wolfgang. **Prevención general y derechos fundamentales de la persona**. In NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. **Principales problemas de la prevención general**. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 20

¹²⁹ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed., Lisboa: Editora Veja, 1998. p. 60

De acordo com HASSEMER, essa teoria é muito bonita para ser verdade. Ela apresenta alguns problemas: primeiro, os pressupostos empíricos de sua eficácia; segundo, a sua falta de reflexão ética e jurídico-constitucional.¹³⁰

Quanto aos problemas empíricos, podemos dividi-los em duas ordens: 1) o conhecimento da norma e; 2) a capacidade motivadora da norma penal.

1) Quanto ao conhecimento da norma: *a idéia de que a lei penal atua diretamente na conduta do administrado é falsa.*

Os destinatários das normas penais devem conhecer as normas para que essas provoquem algum efeito intimidativo. Se as leis penais não chegam ao conhecimento do administrado, esse não pode se comportar de acordo com o comando normativo. Ao contrário do que se pensa, não raras vezes esse pressuposto óbvio para o efeito intimidativo das normas penais não é observado: veja-se o direito penal previsto em leis esparsas em qualquer legislação contemporânea. Diferente é a situação no Direito Penal clássico, em que os afetados pelas normas são sobre elas informados no âmbito escolar, familiar, social, etc. Só que o conhecimento sobre as leis penais não lhes são passados como regras jurídico-penais, mas sim como normas sociais.¹³¹

Ocorre que as normas sociais, numa sociedade complexa como a nossa, não são cópias fiéis das normas jurídicas: elas não são válidas para a totalidade das pessoas como as normas jurídico-penais.

¹³⁰ HASSEMER, Winfried. Introdução ... , p. 404

¹³¹ Aqui se percebe a importância da matéria sobre erro de proibição na dogmática penal. Ao se estudar o tema, notamos posições diversas: de um lado ROXIN - Derecho Penal, p. 866 – e JAKOBS – Derecho Penal, p. 667/668 -, assumindo que o objeto de conhecimento do ilícito é a sua tipicidade (ROXIN) ou ilicitude (JAKOBS). De outro lado, JESCHECK/WEIGEND – Tratado de Derecho Penal, p. 487 - , afirmando que é suficiente que o autor saiba que seu comportamento contradiz as exigências da ordem comunitária.

Hoje, parte dos estudiosos¹³² reconhece que o Estado hoje não possui o monopólio da criação das normas jurídicas. Assim, entende-se que não deveríamos considerar apenas o Estado como a única fonte do direito em vigor. Discute-se a existência de um pluralismo jurídico. A questão é saber se vigora um único ordenamento jurídico na sociedade ou se funcionam em paralelo vários sistemas de direito. A teoria do pluralismo jurídico sustenta a coexistência de vários sistemas jurídicos no seio de uma mesma sociedade.

Para os que adotam uma concepção não positivista do direito, afirma-se que reapareceu o fenômeno do pluralismo nos fenômenos jurídicos. Isso significa que o direito não depende da sanção do Estado, não se encontra exclusivamente nas fontes oficiais do direito estatal. Afirma Boaventura de Sousa SANTOS: “Sendo embora o direito estatal o modo de juridicidade dominante, ele coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade, outros direitos que com ele se articulam”.¹³³

No Brasil, além do direito oficial estatal, poderíamos estudar as normas de comportamento e as sanções aplicadas em grupos sociais como a Igreja, as prisões, o “direito dos conflitos agrários”, o direito existente nas favelas onde acontece mais intensamente o tráfico de entorpecentes no Rio de Janeiro,¹³⁴ etc.

A partir da criminologia, BARATTA nos informa sobre a relatividade do sistema de valores penalmente tutelados:

... a teoria das subculturas criminais nega que o delito possa ser considerado como expressão de uma atitude contrária aos valores e às normas sociais gerais, e afirma que

¹³² No Brasil, WOLKMER, Antônio Carlos. **O pluralismo jurídico: elementos para um ordenamento alternativo.** In Crítica Jurídica, n. 13, 1993. p. 228

¹³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da justiça.** In Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 21, 1986. p. 27

¹³⁴ Retrato fiel dessa realidade encontra-se no filme “Cidade de Deus”.

existem valores e normas específicos dos diversos grupos sociais (subcultura). Estes, através de mecanismos de interação e de aprendizagem no interior dos grupos, são interiorizados pelos indivíduos pertencentes aos mesmos e determinam, portanto, o comportamento, em concurso com os valores e as normas institucionalizadas pelo direito ou pela moral “oficial”.¹³⁵

Passemos a analisar a capacidade motivadora da norma penal.

2) Quanto à capacidade motivadora da norma, entende-se que os destinatários das leis penais não devem apenas conhecê-las, mas também devem ser motivados por ela. Agora, então, é de se analisar o que significa a expressão “motivação”. MUÑOZ CONDE¹³⁶, em seu texto sobre a função motivadora da norma jurídico-penal, nos apresenta alguns conceitos. Segundo SPOERRI, motivação é “o processo, consciente ou inconsciente, em cuja base se encontra uma força ativadora que caminha para um objetivo”. Citando outro autor, THOMAE, tem-se motivação como “todos aqueles processos imputáveis a um indivíduo ou a um grupo, que explicam a sua conduta ou a fazem compreensível”.

Diante desses conceitos, pode-se, então, retirar uma conclusão parcial: o direito exerce uma relativa influência sobre a motivação humana pois, como parte do mundo que circunda o indivíduo, é por ele interiorizado e conforma a sua consciência.

Sobre a psique humana, citando FREUD, MUÑOZ CONDE tenta explicar sumariamente como funciona o processo de motivação das pessoas em relação às normas. E faz isso da seguinte forma:

Segundo FREUD, em alguma parte da psique humana forma-se, desde a infância, um órgão de controle que vigia as próprias emoções e rege a conduta do homem conforme as exigências do mundo circundante. Este órgão de controle foi denominado de superego. O processo de formação do superego é bastante complicado. Começa com a introdução da autoridade social durante toda a vida. A autoridade em geral e a autoridade estatal, que

¹³⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica...*, p. 73/74.

¹³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e controle social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 17

precisamente mostram no direito penal seu aspecto mais dramático, introduzem-se através do superego. Deste modo se forma uma instância valorativa no adulto que o impulsiona a dirigir suas ações conforme as exigências que dela emanam. Esta instância valorativa, consciência ético-social ou superego, tem sua origem em fatores determinantes de tipo religioso, econômico, etc. – os chamados estereótipos.¹³⁷

Sem dúvida nenhuma, um desses fatores determinantes são as normas jurídicas, que se diferenciam dos outros fatores por possuírem a característica de poderem ser impostas de forma coativa, e de forma organizada e institucionalizada. Logo, a norma penal cumpre uma função motivadora nos indivíduos, ameaçando com pena a prática de crimes.

Os conflitos sociais surgem da discordância entre diversos sistemas sociais que incidem sobre a motivação do indivíduo.¹³⁸ Não se trata, pois, unicamente da discordância entre a motivação geral emanada pela norma jurídico-penal e a motivação individual de um indivíduo concreto, regida por normas diversas.

Por conseqüência, a função motivadora da norma penal deve ser analisada em conjunto com outras formas de controle social, que não o direito. Dentro do controle social, o sistema jurídico-penal desempenha um papel meramente confirmador de outros instrumentos de controle muito mais eficazes (família, escola, religião, formação profissional, etc.), cujas funções, igualmente ao direito penal, são de educar para a convivência entre os indivíduos por meio da aprendizagem de regras de comportamento.

Sobre o tema, Roberto BERGALI afirma que a natureza do controle social é extremamente complexa ainda nas sociedades mais simples. A lei, como um

¹³⁷ SIGMUND FREUD, apud, MUÑOZ CONDE, Francisco. Direito penal ..., p. 18/19

¹³⁸ Veremos logo em seguida a influência das normas de subculturas no comportamento dos indivíduos, até chegarmos à existência de técnicas desenvolvidas pelos grupos sociais para neutralizarem os valores negativos de ações individuais.

procedimento idealizado ou estabelecido para a regulação do comportamento humano, tem-se desenvolvido recentemente na história da humanidade e, em verdade, constitui apenas uma face limitada do complexo total de valores e motivações humanas.¹³⁹

STRATENWERTH afirma que o direito penal apenas é a parte mais visível do *iceberg* que representa os diversos modos de controle do indivíduo no meio social; mas não é o mais importante.¹⁴⁰ No mesmo sentido, MUÑOZ CONDE:

Verdadeiramente, as normas penais por si só são insuficientes e, paradoxalmente, demasiado débeis para manter o sistema de valores sobre o qual descansa uma sociedade. De nada serviriam nem a cominação penal contida nas mesmas, nem a imposição de penas, nem sua execução, se não existissem previamente outros sistemas de motivação de comportamento humano em sociedade. A consciência moral, o superego e a ética social se formam desde a infância, em referência primariamente a situações e comportamentos de outras pessoas, e só secundariamente a partir de um determinado grau de desenvolvimento intelectual, em referência às normas penais.¹⁴¹

Ainda sobre a capacidade de motivação da norma penal, importante apontar o que dizem teorias criminológicas a respeito do comportamento criminoso. Num primeiro momento é de se analisar a teoria das subculturas criminais, da qual se extrai que existem valores e normas específicos dos diversos grupos sociais (subcultura). Disso resulta a crise do princípio de culpabilidade (reprovação de um indivíduo por escolher o sistema de valores ao qual adere), assim como da capacidade de motivação da norma penal sobre o indivíduo.

Não é finalidade do trabalho adentrar à difícil tarefa de analisar a relatividade do sistema de valores e norma recebidos pelo direito penal, da sua ligação com a consciência da sociedade, nem da sua preponderância sobre

¹³⁹BERGALI, Roberto. **Criminología en América Latina: cambio social, normatividad y comportamientos desviados**. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1972. p. 100

¹⁴⁰ STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal...*, p. 09

¹⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Direito penal ...*, p. 24

valores e regras alternativas, presentes em subculturas criminais. No entanto, importante citar alguns dados que são aceitos pelos juristas de forma acrítica, sem confirmações empíricas. São eles: “a) o sistema de valores e de modelos de comportamento recebido pelo sistema penal corresponde aos valores e normas que o legislador encontra preconstituídos, e que são aceitos pela maioria dos consócios; b) o sistema penal varia em conformidade ao sistema de valores e de regras sociais.”¹⁴²

A investigação realizada pela sociologia demonstra que no interior de uma sociedade moderna existem valores e regras específicos de grupos diversos, em conjunto com valores e regras sociais comuns. Enfim, a teoria das subculturas criminais vem demonstrar que os mecanismos de interiorização de regras e modelos de comportamento que estão na base dos comportamentos criminosos em nada diferem dos mecanismos de socialização por meio dos quais se explicam os comportamentos conformes ao direito.¹⁴³

À parte, para demonstrar a relativa capacidade de motivação das normas jurídicas desacompanhadas de normas sociais, cabe uma análise da teoria das técnicas de neutralização.

Entende-se por técnicas de neutralização as “formas de racionalização do comportamento desviante que são aprendidas e utilizadas ao lado dos modelos de comportamento e valores alternativos, de modo a neutralizar a eficácia dos valores

¹⁴² BARATTA, *Criminologia crítica ...*, p. 75.

¹⁴³ *Idem.* p. 75/76

e das normas sociais aos quais, apesar de tudo, em realidade, o delinqüente geralmente adere”.¹⁴⁴

Ao analisar a delinqüência juvenil, nota-se que a característica dessa subcultura é a de sustentar seu comportamento sobre normas e valores diversos dos que conformam a ordem constituída. Mas SYKES e MATZA detectam que essa oposição de valores e normas nem sempre ocorre, vez que o mundo dos delinqüentes está também inserido na sociedade, de forma que eles estão submetidos a mecanismos de socialização que não são tão atípicos, de forma a impedi-los de interiorizar valores e normas conformes ao direito.

E como se explica, então, a não motivação dessas pessoas pelas normas jurídico-penais? Os criminólogos acima citados explicam que as técnicas de neutralização equivalem a uma extensão do sistema de excludentes de ilicitude previstas pelo direito, “sob forma de justificação para o comportamento desviante, considerada válida pelo delinqüente, mas não pelo sistema jurídico ou por toda a sociedade”.¹⁴⁵ Por meio dessas técnicas, no conflito entre as normas e valores de sua subcultura com as regras jurídicas, o sujeito decide em favor ao comportamento desviante, motivado pelas técnicas desenvolvidas em grupo, e não pelas normas de direito penal. Como exemplo de técnica de neutralização tem-se a *negação de vitimização*: no contexto da ação delituosa, a vítima é interpretada como um sujeito que merece o tratamento sofrido, que seu

¹⁴⁴ Idem. p. 77

¹⁴⁵ SYKES M., MATZA D., Techniques of neutralization. A Theory of Delinquency, in “American Sociological Review”, XXII. p. 664 s, apud, BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica ... , p. 78.

comportamento não representa uma injustiça, mas sim uma punição justa ao que é agredido.¹⁴⁶

Concluindo: são essas algumas das razões para se questionar a validade empírica da teoria da prevenção geral negativa, no que toca à capacidade de motivação da norma penal.

Outros argumentos contrariam a prevenção geral negativa.

Um dos argumentos mais fortes é trazido por BUSTOS RAMÍREZ, no sentido de que essa teoria reconhece, por um lado, a capacidade racional absolutamente livre do homem, que é uma ficção idêntica ao livre-arbítrio; de outra banda, o reconhecimento de um estado absolutamente racional, o que também é uma ficção.¹⁴⁷

Welzel critica as teorias preventivas da pena, pois ao preverem a pena a ser aplicada ao fato punível, requer a fixação da pena no mais alto grau. Segundo esse autor, a pena teria efeito intimidativo caso o homem fosse integralmente racional e se também o agente do crime, antes de o cometer, não contasse com a probabilidade de não ser descoberto.¹⁴⁸

Ainda, a prevenção geral negativa tende a ignorar a culpabilidade, pois o que determina a quantidade da pena é a necessidade de intimidação social (variável de acordo com o momento histórico do crime), e não o grau de culpabilidade do agente. Logo, haverá tanta pena quanto seja necessário ao efeito

¹⁴⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica* ... , p. 79/80. Sobre o tema, ver também HASSEMER, Winfried. *Introdução* ... , p. 72/75

¹⁴⁷ RAMÍREZ, Juan Bustos. **Manual de derecho penal español: parte general**. Barcelona: Ariel Derecho, 1984. p. 27.

¹⁴⁸ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 331. No mesmo sentido, MOLINA, Antonio García-Pablos. **Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas**. 2. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1994. p. 242

de intimidação, e não proporcional à responsabilidade individual pelo delito cometido.

A não necessidade dos limites materiais impostos pela culpabilidade tem por consequência os seguintes aspectos negativos: o denominado moderno direito penal não vacila em recorrer aos fatores de intimidação da pena, com o objetivo de responder à sensação de insegurança cada vez mais intensa nas sociedades contemporâneas. Cada vez mais se recorre ao efeito simbólico do direito penal (intensificando ainda mais as penas) para se responder ao clamor público, sempre estimulado por meios de comunicação sensacionalistas¹⁴⁹. E essa sensação de insegurança é um filão para políticas criminais eleitoreiras, já que, por exemplo, apresentando políticas como a de “tolerância zero”, produz-se na população um sentimento de paz provocado pela simbólica sensação de segurança, devido à maior rigidez do sistema penal.

Ocorre que, de acordo com o contratualismo (o preconizado por Locke, e não por Hobbes¹⁵⁰), pensamento filosófico que orienta a idéia de prevenção geral negativa, essa forma de política penal é ilegítima. Ao contratar com o Estado, o indivíduo abre mão de uma pequena parte de sua liberdade, e não de quase totalidade, como querem políticas públicas de intolerância com condutas que violam a lei.

¹⁴⁹ O reflexo desse tipo de pensamento reflete também na legislação processual penal, ao se estabelecer a *ordem pública* como critério utilizado para o decreto de prisão preventiva. E o pior é que se reflexo também aparece na doutrina e jurisprudência com argumentos meramente retóricos.

¹⁵⁰ Salo de CARVALHO demonstra que Bobbio diferencia o pensamento de Locke e de Hobbes. “O ponto de controvérsia encontra-se no fato de que em Hobbes há ampla renúncia e alienação total dos direitos naturais ao Estado, ao passo que, para Locke, o estado civil e a nomeação da autoridade como garantia daqueles direitos naturais, não havendo renúncia. Em Hobbes o estado civil coloca-se acima do estado natural, suprimindo-o; para Locke, o estado de natureza é conservado e melhorado com o estado civil, representando sua plena e eficaz consolidação.” (CARVALHO, Salo. Penas e garantias, p. 33)

BECCARIA afirma que quando o homem abre mão de parte de sua liberdade é que se funda o Estado, justificando o seu direito de punir:

(...) O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos.¹⁵¹

HASSEMER, por todos os autores críticos, no sentido do texto, afirma que

A intimidação como forma de prevenção atenta contra a dignidade humana, na medida em que ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras e, além do mais, os efeitos dela esperados são altamente duvidosos, porque sua verificação real escora-se necessariamente em categorias empíricas bastante imprecisas tais como:

- o inequívoco conhecimento por parte de todos os cidadãos das penas cominadas e das condenações (pois do contrário o Direito Penal não atingiria o alvo que ele se propõe) e;
- a motivação dos cidadãos obedientes à lei a assim se comportarem precisamente em decorrência da cominação e aplicação das penas (pois do contrário o Direito Penal como instrumento de prevenção seria supérfluo).¹⁵²

De fundamental importância a observação de STRATENWERTH, ao afirmar que o ponto negativo dessa teoria preventiva é que se recorre ao Direito penal, aumentando as penas, quando outros meios de controle social são suficientes para melhor resolver o problema.¹⁵³

CIRINO DOS SANTOS aponta algumas outras objeções à prevenção geral negativa: primeiro, a ausência de critério que imponha limite à pena transforma a prevenção geral negativa em terrorismo estatal (como exemplo, a lei de crimes hediondos); segundo, “a natureza exemplar da pena como prevenção geral negativa viola a dignidade humana, porque acusados reais são punidos de forma

¹⁵¹ BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas, p. 17/18

¹⁵² HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 34/35

¹⁵³ STRATENWERTH, Günther. **Derecho Penal, parte general**. Tradução da segunda edição alemã de 1976 por Gladys Romero, Madri: Edersa, 1982. p. 17.

exemplar para influenciar a conduta de acusados potenciais...¹⁵⁴; terceiro, a pena pode ter efeito desestimulante em crimes de reflexão (crimes econômicos, tributários, ecológicos...), característicos do Direito Penal simbólico, mas não possuiria qualquer efeito em crimes impulsivos (violência pessoal ou sexual, por exemplo), objetos reais da atuação seletiva do sistema penal.¹⁵⁵

Outro argumento para rebater a idéia de intimidação (prevenção geral negativa) é o da existência das cifras ocultas da criminalidade. Alega-se que a diferença entre o efetivo número de crimes cometidos e o número de crimes detectados pelo sistema penal é enorme. Isso demonstra a desnecessidade do sistema penal, vez que a grande maioria das condutas passíveis de intervenção do sistema de justiça criminal passam despercebidas. Logo, se apenas excepcionalmente se verifica a solução dos conflitos por meio da pena, o direito penal não é necessário pois, em regra, as vítimas prescindem dele para resolver seus conflitos.¹⁵⁶ Acrescenta MOLINA que, diante da criminalidade registrada, erroneamente supõe-se que os valores dessa constituem um indicador seguro da eficácia preventiva do sistema penal. Refere-se a JEFFERY, que afirma que mais e melhores polícias, mais e melhores prisões, indica a existência de mais encarcerados, mas não necessariamente menos delitos.¹⁵⁷

Ainda que não concordemos com a concepção do direito penal (principalmente com o fundamento de que o direito penal deve ser funcional à ordem social) de JAKOBS, esse faz uma crítica interessante à prevenção

¹⁵⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Teoria da pena ... , p. 09/10

¹⁵⁵ Idem. p. 29/30

¹⁵⁶ BARATTA, op. cit., p. 43.

¹⁵⁷ MOLINA, Antonio García-Pablos. Criminología... p. 242

intimidação. Afirma o autor que a teoria da prevenção geral negativa parte de uma base equivocada: mede o potencial benefício do ato praticado pelo delinquente e compensa essa vantagem por meio da pena. Ocorre que essa compensação não leva em consideração o dano que o fato produz à ordem social. Se se quer que o fato deixe de ser atrativo para outros autores, o mal imposto deve ser maior do que o benefício trazido pelo ato, mas este mal independe do dano social provocado pela conduta. Disso deriva uma desproporção entre a pena criminal e o dano social provocado pela conduta. Explica o Professor de Bonn com o seguinte exemplo: na hipótese de um assassinato para se obter uma razoável quantia em dinheiro, seria suficiente como contra-estímulo uma pena de multa num valor muito superior ao lucro decorrente do crime, enquanto que, para uma difamação praticada pelo autor, com o objetivo de se beneficiar em sua carreira profissional, a única pena capaz de intimidá-lo seria uma longa privação de liberdade.¹⁵⁸

Mas apesar de tudo muitas políticas criminais contemporâneas (leia-se políticas penais) respondem a esse modelo falacioso e simplificador que é a teoria da prevenção geral negativa, que manipula o sentimento de medo da população para ocultar o fracasso de medidas sociais preventivas da comunidade.

Para concluir: o efeito de dissuasão pretendido com a ameaça da pena pelo crime praticado não é suficiente para administrar racionalmente a criminalidade, pois a causa real dessa apenas pode ser combatida com uma efetiva política social, com a movimentação de todos os setores da sociedade.

¹⁵⁸ JAKOBS, Günther. Derecho Penal... , p. 27/28. Embora não concordemos com o fundamento (danosidade social do ato), como o objetivo dessa parte do trabalho é a exposição dos comentários de diversos autores sobre a prevenção geral negativa, vale o registro dessa crítica formulada por JAKOBS.

Seção IV - A prevenção geral positiva

A partir da década de setenta, do século XX, a função de prevenção geral ganha uma nova roupagem. Fala-se, agora, na prevenção geral não mais como intimidação, mas com um aspecto positivo (prevenção geral positiva): o de reforçar a consciência jurídica da população.

No entanto, deve-se ter cuidado ao se referir a tal teoria, pois não se trata de uma única. Há na literatura jurídico-penal contemporânea, sinteticamente, duas posições principais sobre a prevenção geral, com propostas semelhantes, mas com fundamentos e objetivos político-criminais diferentes.¹⁵⁹

De um lado a proposta de autores como ROXIN, que entende a prevenção geral positiva de forma relativa, cuja função consiste no reforço da confiança na firmeza do ordenamento jurídico por parte do povo.¹⁶⁰ Destaca que a pena possui três efeitos ligados entre si: a) o efeito sócio-pedagógico de exercício da fidelidade jurídica, produzido pela atividade da justiça penal; b) o efeito de reforço da confiança jurídica que surge quando o cidadão vê que o direito penal é aplicado e; c) o efeito de pacificação, produzido quando a consciência jurídica geral se tranqüiliza pela punição de uma conduta que viola o direito, e porque considera solucionado o conflito com o autor.¹⁶¹

De outra banda, JAKOBS considera a prevenção geral positiva como única função da pena criminal. Tal função concentra as finalidades de intimidação, correção, neutralização e retribuição. A legitimação do discurso punitivo consiste

¹⁵⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Teoria da pena... p. 10

¹⁶⁰¹⁶⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal... p. 91 “El aspecto positivo de la prevención general ‘comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico’. Conforme a ello, la pena tiene la misión de ‘demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo.’”

¹⁶¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal... p. 91/92

no exclusivo objetivo de afirmação da validade da norma, a qual seria colocada em duvida caso em seguida de um crime não houvesse punição.¹⁶²

Por fim, a diferença entre a prevenção geral positiva de JAKOBS e a de ROXIN: enquanto essa tem por finalidade o reforço da confiança jurídica da população para a proteção subsidiária de bens jurídicos (interesses essenciais à vida em comunidade que devem ser penalmente tutelados), aquela objetiva a estabilidade das expectativas de comportamento dos indivíduos por meio do exercício da confiança no direito, para a mera estabilização/reforço da ordem normativa.

Com pensamento semelhante ao de ROXIN, HASSEMER entende que o direito penal tem a função de proteger bens jurídicos sem cujo reconhecimento seria impossível a vida social. Conseqüência disso é que a prática de um delito ataca as normas de comportamentos que têm por finalidade proteger esses bens e que, no caso concreto, as deixa sem efeito. Portanto, a sanção (não apenas a pena criminal) tem a função de proteger a norma de qualquer tipo de afronta. Veja-se a seguinte passagem:

Pues bien, el delito ataca normas de comportamiento, que pretenden proteger esos bienes jurídicos, y que, em el caso concreto, lãs deja sin efecto, Este no es um problema exclusivo de la víctima, sino de todos, Lãs normas de comportamiento unicamente peudem sobrevivir no solo cuando su incumplimiento se corrige pública y energicamente, cuando se deja claro que no vamos a tolerar ni a aprobar el quebratamiento de la norma, sino cuando se juzga este quebrantamiento, cuando preservamos la norma de cualquie tipo de negación de la misma. (...) La sanción penal es la respuesta corretora al quebrantamiento de uma norma imprescindible para nuestra vida em sociedad; pero no es um mero ejercicio *l'art pour l'art*, sino um suceso que pretende asegurar la fuerza de la norma em el futuro.¹⁶³

¹⁶² JAKOBS. Günther. Derecho penal... , p. 26; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Teoria da pena... p. 11

¹⁶³ HASSEMER, Winfried. **Por qué y com qué fin si aplican lãs penas? (Sentido y fin de la sanción penal).** In: **Persona, mundo y responsabilidad: bases para uma teoria de la imputación en Derecho Penal.** Valencia: Tiran lo Blanch, 1999. p. 199/200

Realizadas as observações necessárias, passemos a uma análise mais aprofundada dopenasamente de JAKOBS.

§1º A prevenção geral positiva em Günther JAKOBS

Como já dito no início do texto (item 3, Sobre as teorias da pena), cada teoria da pena deve ser analisada em seu contexto histórico-cultural. A da prevenção geral positiva se apresenta como uma teoria para legitimar e fundamentar a pena. Esta teoria surge nos fins do século XIX, com DURKHEIM.¹⁶⁴ Segundo BARATTA, o “novo” fundamento do direito penal proposto por JAKOBS no marco da teoria sistêmica de Nikklas LUHMANN, propõe novamente a concepção durkheimiana, com toda sua problemática atual e sem inovações substanciais.¹⁶⁵

Depois da Segunda Guerra o pensamento penal se orienta a uma ideologia utilitarista-humanística da pena. A sanção tem por objetivo a ressocialização. Em meados dos anos setenta, em oposição a esse pensamento que dominava a ciência penal, surge um movimento que demonstra que a realidade institucional das instituições totais, como as prisões, mostra-se, à luz das experiências e de controles empíricos mais atentos, insuficiente e inadequada para atingir o fim de

¹⁶⁴ DURKHEIM considera a pena como um fator de coesão social, destinado a atuar sobre as pessoas honestas, reafirmando seus sentimentos coletivos. Só que sua teoria nunca teve por objetivo atribuir uma finalidade à pena criminal, mas apenas explicá-la. FERRAJOLI. Luigi. Derecho y razón... p. 275

¹⁶⁵ BARATTA, Alessandro. **Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistêmica.** In Doctrina Penal: teoría y práctica em las ciencias penales, año 8, números 29 a 32, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985. p. 13/14.

reeducação e reinserção do condenado. Mais que isso, tornou-se contrária a esses fins.¹⁶⁶

Na mesma época da crise do Estado assistencial, diminui a disponibilidade e os recursos dos governos, necessários para se buscar a finalidade humanitária de reinserção social do condenado. Inviabiliza-se o projeto de conversão do sistema penal em um sistema de reinserção social. A crescente exigência de disciplina, unida a um aumento da população marginalizada ou em posição precária dentro do mercado de trabalho, o aumento de movimentos de protestos de natureza política e a explosão do fenômeno do terrorismo, acompanham a comprovação científica da deterioração da ideologia penitenciária-educativa, e nessa ideologia se produz uma profunda crise. Em período posterior a ideologia da pena se reacomoda adotando função meramente intimidativa.¹⁶⁷

E aqui o “mérito” dessa nova teoria da prevenção geral positiva: ela é uma nova tentativa de fundamentar a pena e proteger o sistema penal diante da profunda crise de legitimação que ele encontrava em razão dos fatos aqui narrados.

Foi uma forma de localizar histórico-culturalmente essa teoria.

Optamos por examinar a prevenção geral positiva sob o enfoque de Günther JAKOBS por ser a que gerou mais debates nos últimos anos.

Esse se propõe a uma nova concepção da prevenção geral a partir da teoria sociológica do sistema social de LUHMANN. Para JAKOBS o direito penal é “um sistema específico de que se espera a estabilização social, a orientação da

¹⁶⁶ BARATTA, Alessandro. Integración-prevención... p. 14

¹⁶⁷ Idem. p. 14/15

ação e a institucionalização das expectativas pela via da restauração da confiança na vigência das normas”: a vida social requer uma certa segurança e estabilidade das expectativas de cada sujeito frente ao comportamento dos demais.¹⁶⁸

As normas jurídicas representam expectativas estabilizadas de comportamento de tipo contrafático, ou seja, que possuem validade independentemente de seu cumprimento pelas pessoas (fático)¹⁶⁹. Ainda melhor: as normas continuam válidas mesmo quando as expectativas nela estabilizadas são frustradas pela ocorrência de um fato (o crime).

Quando ocorre um delito, ainda assim fica claro que a norma não vê sua vigência afetada, pois do contrário, estar-se-ia colocando em cheque a vigência da norma e a sua função de orientação das condutas sociais. A expressão simbólica do delito (a de, virtualmente, possibilitar a desconfiança na norma) se opõe ao simbolismo da pena criminal. Esta deve ser entendida não mais de forma natural, como expressão da imposição de um mal àquele que lesiona um bem jurídico, mas sim como um símbolo pelo qual se demonstra à sociedade que, não obstante a ocorrência do crime (da violação da norma), ela continua tendo validade. “A pena serve para mostrar com seriedade a todos, e de forma dolorosa ao infrator, que a sua conduta não obsta a manutenção da pena.”¹⁷⁰

Segundo Maria Lúcia KARAM, para essa teoria a pena tem como função a prevenção positiva, no sentido de exercitar o reconhecimento da norma e a fidelidade ao direito, por parte dos membros da sociedade. “O delito é visto como

¹⁶⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 333

¹⁶⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. p. 48.

¹⁷⁰ RODRIGUES, ob. cit., p. 333.

uma ameaça à integridade e à estabilidade social, enquanto expressão simbólica de uma falta de fidelidade ao direito, sendo a pena, por sua vez, a expressão simbólica oposta àquela representada pelo delito.”¹⁷¹

Com uma construção próxima à de HEGEL, JAKOBS afirma que como o delito é negativo na medida em que supõe a violação da norma e, conseqüentemente, a frustração de expectativas normativas, da mesma forma a pena deve ser considerada algo positivo, vez que afirma a vigência da norma ao negar a sua violação. Em suma: “misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma.”¹⁷²

Tem-se por objetivo assegurar a função orientadora da norma confirmando a confiança nesta por parte de todos os homens e não apenas dos potenciais criminosos. A confirmação da confiança na norma não tem lugar pelo efeito intimidativo da pena aos potenciais criminosos (com sua potencial inibição), mas sim porque é indispensável a todos, igualmente, saberem aquilo que podem esperar dos outros.¹⁷³

Com a sanção criminal os membros da sociedade consolidam a sua confiança nas normas e, ao mesmo tempo, o exemplo da pena reforça a sua determinação de um comportamento conforme a essas mesmas normas.¹⁷⁴

¹⁷¹ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed., Niterói: Luan Editora, 1993. p. 174

¹⁷² JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general**. 2. ed., Tradução de Joaquim Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 14

¹⁷³ RODRIGUES, ob. cit., p. 334.

¹⁷⁴ Idem. p. 349

Concluindo: com a pena busca-se o consenso nas expectativas comportamentais dos membros da sociedade, ou como quer JAKOBS, desenvolveu-se um modelo de pena cuja função é exercitar o reconhecimento da norma.¹⁷⁵

§2º A teoria sistêmica de LUHMANN como fundamento da prevenção geral positiva.¹⁷⁶

A primeira idéia que se pode ter de sistema é a de um conjunto de elementos organizados.

Ao contrário do que se pode supor, não são os elementos do sistema que o caracterizam, e sim a sua organização.

Por organização deve-se entender a relação entre os elementos do sistema que permite com que aquele que o observa possa isolá-lo de seu ambiente.

Pensem no sistema do direito: seus elementos são as normas que o compõe. E a organização dessas normas é o que caracteriza o sistema jurídico, e não apenas a existência delas.

Se alguma alteração ocorrer nessa organização (as normas passarem a ser desrespeitas) o sistema pode deixar de existir.

Falta agora definir o que significa ambiente. E essa definição podemos fazer por exclusão: tudo aquilo que não faz parte do sistema deve ser considerado seu ambiente.

¹⁷⁵ JAKOBS. Günther. Derecho penal... , p. 26

¹⁷⁶ Todos os dados utilizados para desenvolver este item do trabalho foram retirados do seguinte texto: VIANNA, Túlio Lima. **Da ditadura dos sistemas sociais: uma crítica à concepção de direito como sistema autopoietico.** In Crítica Jurídica (revista latinoamericana de política, filosofía u derecho), n. 22, 2003.

Aqui a importância da definição de sistema: ao defini-lo, ao mesmo tempo define o que é ambiente.

Dentro do direito damos ênfase a dois sistemas: o sistema jurídico e o sistema social. E aqui outro ponto a ser salientado: os sistemas interagem uns com os outros. E essas interações em nada alteram a organização dos sistemas.

Vejam a relação entre o sistema jurídico e o sistema social: o sistema jurídico é composto por normas, enquanto o sistema social é composto por pessoas, as quais se relacionam dentro desse sistema. Ambos os sistemas interagem (trocam elementos) sem que se desnaturem. Exemplo: dentro do sistema social as pessoas se relacionam de forma que emprestam do sistema jurídico certas normas para que tenham seus relacionamentos regulados. João compra um relógio de Pedro. Este não paga o valor do objeto. Para regular essa relação social é necessário que o sistema social tome emprestado do sistema jurídico um de seus elementos (a norma que regula a relação de compra e venda). Note-se que o fato de se retirar do sistema jurídico determinada norma, não implica necessariamente na desorganização do sistema jurídico.

Pode-se ainda fazer uma distinção entre os sistemas. Temos os sistemas autopoieticos e os alopoieticos. Estes são os sistemas que produzem algo diverso de sua própria organização, enquanto aqueles somente produzem seus próprios elementos. Um exemplo de sistema alopoietico é uma fábrica de alimentos. As máquinas que compõem essa fábrica produzem alimentos, e não as próprias máquinas.

No caso dos sistemas sociais, os elementos constitutivos desse sistema são as informações que são trocadas com seu ambiente. A sociedade troca informações com seu ambiente, mas isso em nada altera sua organização.

A Teoria dos Sistemas de Niklas LUHMANN procura aplicar o conceito de sistemas autopoieticos às ciências sociais. Para dito autor a sociedade é um sistema autopoietico cuja organização é constituída pela comunicação. A sociedade é um sistema que tem como elemento constituinte a informação e como organização a comunicação.

É de se notar que para essa teoria os seres humanos são considerados mero ambiente do sistema social. E existe uma razão para isso: um único ser humano não produz comunicação, já que a comunicação só pode existir socialmente.

O Direito é um subsistema dentro de uma sociedade. Aparece como um sistema também autopoietico, tendo como elementos constituintes a informação, cuja organização é constituída pela informação. Assim, caberá ao Direito definir o que é Direito e não Direito na comunicação.

O produto do Direito gera mais Direito, que é incorporado ao sistema social, tornando mais complexa a sua organização. O juiz, ao julgar um caso, cria a jurisprudência, que por sua vez influencia na decisão de outros juizes, etc. É dizer, o produto de direito é sempre mais direito. É a principal característica de um sistema autopoietico.

Pode ocorrer uma invasão no sistema do direito (por parte de algum elemento de seu ambiente), o que pode gerar perturbações no sistema capazes de interferir em sua organização. Ocorrido isso, verificar-se-á que a perturbação

ao sistema pode determinar ou não sua destruição: dependerá da organização do sistema, e não da intensidade da perturbação. Exemplo: se nossa comunidade recebe a comunicação de que a ginasta brasileira falhou em sua apresentação olímpica, tendo por consequência a não aquisição de mais uma medalha para o Brasil, a comunicação entre nossa comunidade e dita ginasta não está interrompida. Agora, se nossa comunidade estiver desorganizada a ponto de, quando da chegada da ginasta, algum componente da comunidade tirar-lhe a vida, essa perturbação terá desencadeado o fim da comunicação, mas não pelo abalo causado pela perturbação, mas sim pela tamanha desorganização da sociedade. É o modo como a perturbação foi recebida que determina a destruição da comunicação, e não a própria informação.

Com o fenômeno do crime ocorre o mesmo: tem-se um elemento externo ao sistema jurídico, que é a conduta humana considerada crime, que pode desestabilizar esse sistema. Logo, como a nossa sociedade é altamente desorganizada, qualquer perturbação pode provocar sua destruição. Diante disso, qualquer forma de pena criminal está legitimada para conter o abalo que qualquer delito, por menor significância que tenha, provoque no sistema jurídico.

A concepção do Direito como sistema autopoietico, ao tratar o ser humano como mero ambiente, coloca o homem em segundo plano. E sendo a sociedade um sistema autopoietico, sua organização a leva a se preservar a todo custo, mesmo que o preço a se pagar para tal preservação seja o sacrifício de vidas humanas.

Sendo a sociedade e o direito sistemas autopoieticos, é perfeitamente aceitável o sacrifício utilitário de algumas vidas humanas para a mera manutenção do *status quo* e a autopoiese do sistema.

Tentando resumir: para LUHMANN o sistema não se integra com todas as pessoas da sociedade; ele opõe “sistema social” a “homens”, considerados como subsistemas. A capacidade de equilíbrio do sistema depende de sua capacidade de “normalização”, ou seja, da capacidade de absorver a pluralidade de expectativas existentes no subsistema humano. Importante para o autor é que o sistema obtenha “consenso”, entendido, como afirma ZAFFARONI, “quase como um conjunto de apatias fundadas na falta de informação ou ignorância, consideradas por Luhmann como uma ‘facilitação de eleição’”.¹⁷⁷

Concluindo, para essa teoria sistêmica, no caso do Brasil, a manutenção de uma grande maioria de marginalizados em condições subumanas é perfeitamente possível desde que seja utilitária ao equilíbrio do sistema, ou seja, à manutenção do *status quo*.

§3º Algumas observações

Agora, algumas observações a essa teoria devem ser apontadas:

1) JAKOBS não explica o porquê da necessidade de se estabilizar as expectativas normativas por meio de um instrumento tão violento que é a pena criminal, e não outros, como o direito civil, administrativo, trabalhista, etc. Uma vez violada a

¹⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 86

norma, existem outros meios que não a pena criminal para restabelecer o ordenamento jurídico;

2) a existência de cifras negras da criminalidade demonstra que a regra é a convivência social com um ordenamento jurídico desestabilizado pela prática de crimes, ou seja, a regra é a não punição. Apesar da existência das normas, a regra é a frustração de expectativas criadas por elas, e não o respeito às regras fixadas no ordenamento jurídico. Diante disso questiona-se a legitimidade de um sistema que busca a sua estabilidade a custas de pessoas selecionadas pela sua maior vulnerabilidade frente ao sistema penal. Conclui-se, então, que o que põe em perigo a confiança institucional não são todas as violações das normas, mas apenas as selecionadas pelo sistema de justiça criminal. Essa teoria legitima o princípio (real, e não formal) de seletividade do sistema e dos processos de imunização da resposta penal, que depende exclusivamente do grau de vulnerabilidade dos indivíduos frente as agências de controle;

3) a teoria da prevenção geral positiva reduz a questão da justiça à funcionalidade de critérios (e a sua concretização judicial), para a função atribuída à pena de estabilização simbólica de expectativas contra a significação simbólica da ação criminosa.¹⁷⁸ Aqui, a culpabilidade não mais é limite da sanção;

4) no extremo de uma funcionalização do direito penal, a culpabilidade perdeu a sua função de critério ontológico de aferição da responsabilidade individual;

5) para essa teoria, quem é um fim em si mesmo não é o ser humano, mas sim a norma. Dessa forma, deixa-se de lado o conteúdo das leis penais.

¹⁷⁸ BARATTA, Alessandro. **Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica.** In Doctrina Penal: teoría y práctica em las ciencias penales, año 8, números 29 a 32, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985. p. 09

Conseqüentemente, levando em consideração que apenas as necessidades preventivas de estabilização da norma funcionam como seu conteúdo, seria perfeitamente possível manipular o conceito de culpabilidade. Segundo Hans Joaquim HIRCH, isso poderia levar ao desenvolvimento de uma estrutura universal e arbitrariamente adaptável, que também poderia ser utilizada por regimes antijurídicos. A função de garantia e proteção do conceito de culpabilidade como “carta magna” do infrator da norma se perde totalmente.¹⁷⁹

6) A teoria sistêmica de Niklas LUHMANN, caracterizada por uma legitimação meramente interna, funda o sistema político sobre si mesma. Esse é um dos principais caracteres de um modelo de direito penal autoritário. Com esse modelo de direito, o Estado é um fim em si mesmo, e possui valores éticos supra-individuais, cuja conservação pode instrumentalizar o direito. Essa forma de Estado, que permite a instrumentalização do direito, não condiz com um direito penaldemocrático.

Num Estado Democrático de Direito, o Estado (e, por conseqüência, o direito) é um meio para a satisfação dos interesses vitais dos cidadãos, e não o contrário. Dessa forma, ao se atribuir à pena criminal a finalidade de estabilização do sistema jurídico, abalado pela prática do crime, está-se admitindo que o direito penal não é um meio de promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos que compõem a sociedade, mas sim, que seres humanos devem ser utilizados como

¹⁷⁹ HIRCH, Hans Joaquim. **El principio de culpabilidad y su función em el Derecho penal.** In Derecho Penal. Obras Completas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000. p. 158

instrumento para se alcançar a estabilização de um sistema (jurídico), sem sequer se analisar a sua legitimidade substancial.¹⁸⁰

7) se a sanção penal serve para estabilizar o ordenamento jurídico, para reafirmar a validade das normas nele existentes, qualquer quantidade de pena é legítima para se alcançar tal objetivo. Mais que isso, ao cometer um delito, o agente não tem a certeza do *quantum* de pena que lhe será aplicada para se atingir o objetivo de estabilizar as expectativas normativas da sociedade. Será uma questão de sorte: se o crime não tiver uma publicidade significativa, a pena será de menor monta. Agora, em casos de crimes que são incessantemente publicados em meios de comunicação sensacionalistas, que geram um clamor de vingança (em relação àquele que cometeu o delito) na população, a sanção certamente será alta, ou até mesmo indeterminada;

8) na rigorosa visão normativista que JAKOBS desenvolve dos conceitos da dogmática penal, não existem elementos extrajurídicos aos quais se possa tomar como critérios para uma delimitação da resposta penal (delitos tentados e consumados, delitos realizados por ação ou por omissão, etc.);¹⁸¹

9) essa teoria omite tomar em conta os efeitos do sistema penal que possam compensar negativamente seus pretendidos efeitos positivos. Desconhece os argumentos que põem em evidência o fato de que o sistema penal produz altos custos sociais e gravíssimos efeitos sobre a integração social e a confiança nas instituições;¹⁸²

¹⁸⁰ FERRAJOLI. Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 881

¹⁸¹ Idem. p. 12

¹⁸² Idem. p. 17

10) o processo penal impõe dificuldades à possível reconstrução de uma comunicação entre autor e vítima do delito, em âmbito nos quais a natureza dos conflitos permitiria uma solução privada muito mais funcional que a pena para o fim de reintegração da sociedade em relação à norma;

11) o discurso jurídico da sociología sistêmica afasta-se do homem, reduzindo-o a um “subsistema”. Com isso, perdem-se todos os limites às garantias consideradas tradicionalmente como liberais, como a limitação à punição de condutas que lesionam bem jurídico, por ejemplo, abrindo-se a possibilidade de se imporem penas a ações simplesmente imorais que não afetem qualquer bem jurídico alheio, de se dar relevância a dados subjetivos de ânimo do agente e de se defender um critério de pena de caráter meramente instrumental ao sistema.¹⁸³ FERRAJOLI afirma que sistemas de direito penal que funcionalizam o indivíduo para atender às exigências do sistema social geral, são típicos de sistemas de direito penal máximo e ilimitado, indiferentes à proteção dos direitos inerentes à pessoa.¹⁸⁴

12) outra crítica valiosa vem de Juarez Cirino dos SANTOS, no seguinte sentido: “se a punição do criminoso aumenta a confiança no Direito, reforçando a fidelidade jurídica do povo e, ao contrário, a não punição diminui a confiança no Direito, reduzindo a fidelidade jurídica do povo, então a tarefa do Direito Penal seria satisfazer os impulsos punitivos da população – um objetivo irracional substitutivo da proteção de bens jurídicos, que atrela o Direito Penal à barbárie primitiva...”¹⁸⁵

13) A ordem jurídica como bem jurídico, retomada pela teoria da prevenção geral positiva de JAKOBS (ainda que com outras palavras), presume uma sociedade

¹⁸³ ZAFFARONI. Em busca das ... , p. 87.

¹⁸⁴ FERRAJOLI. Luigi. Derecho y razón... p. 275

¹⁸⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Teoria da Pena... , p. 31.

unitária, ignorando a existência de um pluralismo jurídico, característico das sociedades contemporâneas. Mais que isso, presume a legitimidade da legislação penal, o que é de se analisar com maior cuidado.¹⁸⁶

14) a prevenção geral estabilizadora pode ter por efeito um sentido moralizante, de imposição mediante a coação da pena de uma adesão interna dos cidadãos aos valores jurídicos, e isto seria absolutamente impróprio em um direito penal de garantias do indivíduo;¹⁸⁷

15) a prevenção geral positiva possui uma função legitimadora e ideológica de que o direito penal deve ser entendido como justificação de uma ordem social injusta, mantida graças à ajuda prestada por diversas instancias de controle social e, com maior vigor, o direito. Com essa teoria ignora-se que o crime não é um comportamento preexistente ao sistema de controle jurídico. Devemos lembrar que é o próprio sistema que cria o delito. Num contexto mais amplo, MARX afirmava que é o próprio modo de produção da vida material que condiciona o processo de vida social, política e intelectual em geral.

16) a adoção da teoria da prevenção geral positiva, no modelo proposto por JAKOBS, viola o princípio constitucional da culpabilidade, extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, no qual está previsto que nosso país constitui um Estado Democrático de Direito e tem por fundamento a dignidade da pessoa humana. O ponto mais grave da prevenção geral positiva (assim como a negativa) consiste na alienação da

¹⁸⁶ Sobre pluralismo jurídico e legitimidade das normas estatais, ver SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito**. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 110/129.

¹⁸⁷ MIR PUIG, citado por MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e controle social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 28

subjetividade e da centralidade do homem em benefício do sistema, deslocando o homem de sua posição de sujeito e fim de seu próprio mundo, para torná-lo objeto de abstrações normativas e instrumento de funções sociais.¹⁸⁸ Nessa linha de pensamento, afirma BARATTA:

En especial, el sujeto en la incriminación de responsabilidad penal deja de ser el fin de la intervención institucional, para convertirse en el soporte sico-físico de una acción simbólica, cuyos fines están fuera de él y de la cual constituye únicamente un instrumento. Parece que, aunque con expresiones y lenguaje bien diferentes y más abstractos, la teoría sistémica replantea la figura del “chivo expiatorio”, de la cual se sirve la teoría sicoanalítica del delito y de la pena para mostrar el componente irracional de los sistemas punitivos.¹⁸⁹

Embora seja um dos focos de ataque à teoria de JAKOBS, importante ressaltar que esse não ignora a existência de outros meios de resolução de conflitos, alternativos à pena criminal. O problema da teoria está na ausência de critérios que determinem a eleição de *quê (situações), quando, e por quê se deve* fazer uso de uma sanção com as características da pena, e em que situações o Estado pode abrir mão desse meio tão violento, e realizar um tratamento diferente do conflito.¹⁹⁰

Para concluir essa parte, há de se ressaltar que quando o Direito Penal se distancia das idéias básicas do Iluminismo, ele termina no caminho perigoso da intolerância e da perseguição ao mais vulnerável, mais fraco. Pouco importa o nome que recebam as teorias preventivas, o que importa é que elas utilizam o homem como instrumento, e isso não foi aceito pelos ideais iluministas.

¹⁸⁸ KARAM, Maria Lúcia, op. cit., p. 175

¹⁸⁹ BARATTA, Integración-prevención ... p. 22

¹⁹⁰ MELIÁ, Manuel Cancio. **Um novo sistema de direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. Tradução de André Luis Callegari. Barueri: Manole, 2003. p. 28/29. Sobre esse registro, ver JAKOBS, op. cit., p. 14/18.

Seção V - As teorias unificadas da pena

Dominantes na literatura jurídico penal, com o objetivo de superar os problemas das teorias anteriores, as teorias unificadas da pena criminal surgem com a junção das funções de retribuição, prevenção especial e prevenção geral. Dessa forma, a pena apresentaria as seguintes funções: 1) retribuição do injusto, por meio da compensação ou expiação da culpabilidade; 2) prevenção especial positiva, com o objetivo de emenda do autor do crime, pela ação correcional da execução da pena; 3) prevenção especial negativa, com a finalidade de atingir a segurança da sociedade por meio do mero isolamento do indivíduo; 4) prevenção geral negativa, através da intimidação de potenciais delinqüentes, pela ameaça contida na ameaça de sanção contida na lei penal e; 5) prevenção geral positiva como reforço da confiança da população no ordenamento jurídico.¹⁹¹

A jurisprudência alemã se posiciona no sentido de aceitar as teorias unificadas. ROXIN descreve uma decisão do Tribunal Constitucional Federal:

El Tribunal Constitucional federal se há ocupado repeditamente del sentido y fin de la pena estatal sin haber tomado em principio posición sobre las teorías penales defendidas em la doctrina... Se há señalado como cometido general del Derecho penal el de proteger los valores elementales de la vida em comunidad. Como aspectos de una sanción penal adecuada se señalan a compensación de la culpabilidad, la prevención, la ressocialización del sujeto, la expiación y la retribución por el injusto cometido.¹⁹²

Na legislação brasileira encontramos as teorias unificadas no artigo 59, do Código Penal: “Art. 59. O juiz, (...) estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para *reprovação* e *prevenção* do crime.” O termo reprovação representa a idéia de retribuição; a expressão prevenção do crime representa as várias

¹⁹¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumun Juris, 2005. p. 12

¹⁹² ROXIN, Claus. Derecho Penal... p. 94

formas de prevenção (prevenção especial positiva, prevenção especial negativa, prevenção geral negativa e prevenção geral positiva).

As teorias unificadas se apresentam como uma posição de compromisso entre partidários da retribuição (BINDING) e defensores das teorias da prevenção (FEURBACH e LISZT).¹⁹³

Embora dominantes as teorias unificadas, ora a ênfase recai na retribuição, ora na prevenção. Analisaremos as teorias desenvolvidas por JESCHECK e ROXIN.

§1º A função da pena para Hans Heinrich JESCHECK

Para desenvolver esse tópico do trabalho utilizaremos as idéias desenvolvidas na obra de maior destaque do autor: Lehrbuch des Strafrechts, sendo a última (quinta) edição escrita em parceria com Thomas WEIGEND.¹⁹⁴ (tradução espanhola: Tratado de Derecho Penal).

Destaca o professor alemão a função retributiva da pena. Comentando JESCHECK, afirma Juarez CIRINO DOS SANTOS: “JESCHECK/WEIGEND colocam ênfase na retribuição, porque a unidade das funções repressivas e preventivas da pena cumpre o objetivo de prevenir futuras violações do Direito fundada na ameaça, aplicação e execução da pena justa”.¹⁹⁵

Segundo o autor, o direito penal possui a missão de proteger a sociedade mediante o castigo a transgressões do direito; possui, portanto, uma função repressiva. Mas, por outro lado, cumpre também a função de prevenir infrações

¹⁹³ Ibidem.

¹⁹⁴ Para o trabalho foi utilizada a tradução espanhola da obra: JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal Parte General**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., Granada: Comares Editorial, 2002. p. 04/07

¹⁹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Teoria da pena... p. 13

cuja realização se teme no futuro; possui, então, também uma função preventiva.

Veja-se a seguinte passagem:

El castigo mediante una pena de una infracción del Derecho ya acaecida, de acuerdo com el principio de justicia distributiva, llega siempre, por su propia naturaleza, demasiado tarde, pues la pena mira al pasado y no puede impedir que suceda el injusto cometido. Pero la función repressiva del Derecho penal es necesaria para poder conseguir la protección de la sociedad mediante la pena de um modo justo.¹⁹⁶

Como já destacado, não ignora funções preventivas. Reconhece que na aplicação de uma pena adequada pela realização de uma infração do direito, reside a evidente confirmação da inviolabilidade do ordenamento jurídico. Mesmo quando atua de forma repressiva, o direito penal cumpre sempre uma função preventiva em relação à proteção da sociedade. Afirma que “la pena justa es, em interés de la coletividad, un instrumento irrenuciable para el mantenimiento del orden social”.¹⁹⁷

Demonstrando a função de prevenção geral positiva, explica o autor:

El procedimiento judicial expresa inequívocamente, tanto para el autor como para la generalidad, que el Derecho se impone, aunque a veces con retraso, y que se puede contar con que también lo hará en un futuro. A través del cumplimiento de la función repressiva de una forma moderada, proporcionada y adecuada a la culpabilidad, el Derecho penal desarrolla ‘fuerza configuradora de las costumbres’ que convence al conjunto de la población de la autoridad del Ordenamiento jurídico, alcanzando de esta forma el efecto preventivo al que se denomina prevención general.¹⁹⁸

Ainda que não veja como função primária da pena, mas secundária, não abandona o fim ressocializador da execução da sanção. Afirma que cada pena tem que contribuir para que o condenado consolide novamente seu respeito ao

¹⁹⁶ JESCHECK/WEIGEND. Tratado... p. 04

¹⁹⁷ Idem. p. 05

¹⁹⁸ Ibidem.

direito, e a que por sua própria força e convencimento se conduza de acordo com o ordenamento jurídico.¹⁹⁹

Sobre a prevenção especial se manifesta da seguinte forma:

El recuerdo de la ejecución del menoscabo sufrido em la libertad, patrimônio o prestigio, debe servir al autor como advertência para futuros hechos punibles. Además, la pena privativa de libertad debe servir quanto menos para proteger temporalmente a la sociedad del delincuente peligroso. El efecto preventivo que la pena desarrolla sobre el reo mismo de denomina prevencion especial.²⁰⁰

Aponta como útil a prevenção especial positiva em situações direcionadas a certos grupos de criminalidade: a) à delinqüência juvenil, b) à criminalidade de reincidência e,²⁰¹ c) aos criminosos com deficiências psíquicas.

Com outra ênfase, ROXIN também defende as teorias unificadas.

§2º As funções da pena para ROXIN

Por se tratar de um doutrinador de extrema relevância para a dogmática penal contemporânea, analisaremos o pensamento de Claus ROXIN com mais vagar.

A concepção do professor da Universidade de Munich sobre a pena criminal ganha destaque no texto “Sentido e limites da pena estatal”, encontrado em sua tão citada obra “Problemas fundamentais de direito penal”.²⁰² Apresenta sua mais acabada formulação em seu Manual.²⁰³

¹⁹⁹ Ibidem.

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ JESCHECK distingue duas classes de reincidentes: os delinqüentes habituais com uma forte inclinação à criminalidade, e os “delinqüentes tendenciais” com repetidos antecedentes que, ainda que estejam determinados pelo desenvolvimento de sua personalidade, ainda não o estão por sua carreira criminosa. p. 05/06

²⁰² ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed., Lisboa: Editora Veja, 1998. p. 15/49.

²⁰³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal...* p. 95/103

Adota o autor as teorias preventivas unidas²⁰⁴, pois acredita que as leis penais protegem a liberdade individual e a ordem social, mas tendo como critério limitador da sanção o princípio da culpabilidade.

Aponta que o significado, ora da prevenção geral, ora da prevenção especial se acentuam em determinados momentos da aplicação do Direito penal: a prevenção geral se destaca no momento da cominação legal da pena (no preceito secundário do tipo penal há uma ameaça/intimidação para o indivíduo não praticá-lo); no momento da aplicação da pena, concretizada na sentença, deve-se levar em consideração, em mesmo grau de importância, tanto a prevenção geral como a especial e; no momento da execução da pena, deve-se levar em conta apenas o fim de ressocialização (prevenção especial positiva).

Para os fins desse trabalho, pode-se afirmar que sua tese se resume em três pontos principais: a) a pena possui um fim exclusivamente preventivo; b) deve-se renunciar a qualquer forma de retribuição e; c) a intervenção estatal deve ser limitada pelo princípio de culpabilidade. Como o autor, trabalharemos um a um.

a) O fim exclusivamente preventivo da pena

Afirma peremptoriamente que toda teoria deve basear-se na idéia de que o fim da pena apenas pode ser preventivo, pois apenas se justificam as leis penais quando possuem a finalidade de proteger a liberdade individual e a ordem social. Isso tem por consequência que a prevenção especial e a prevenção geral devem aparecer conjuntamente como fins da pena, porque os delitos podem ser evitados

²⁰⁴ Tanto que denomina sua teoria de “teoria unificadora preventiva”. ROXIN, Claus. Derecho Penal... p. 95

tanto pela influência da pena sobre o particular como pela sua influência sobre a generalidade das pessoas.

O ideal é que a pena declarada na sentença seja adequada a alcançar simultaneamente a prevenção especial e a prevenção geral. Mas não há qualquer problema quando a pena apenas se fundamenta em funções preventivo-gerais, quando, por exemplo, não há qualquer perigo de reincidência por parte do autor.²⁰⁵ Para que se alcance o fim preventivo não há a necessidade de que incidam, ao mesmo tempo, a prevenção sobre o autor e sobre a generalidade das pessoas. Basta uma delas.

Quanto à idéia de ressocialização, de pronto afasta as críticas mais comuns, no sentido de que há violação à dignidade da pessoa. Afirma que apenas há de se falar em efeito ressocializador da pena quando o condenado, por iniciativa própria, colabora no desenvolvimento da execução da pena, pois do contrário ocorreria uma violação à personalidade do preso, assim como o trabalho de socialização seria ineficaz.

Em relação às objeções referentes ao projeto socializador, mais especificamente ao seu total fracasso, afirma que ainda assim há necessidade de uma teoria da pena porque o fim de prevenção geral, por si só, é suficiente para sustentar uma teoria penal.

Demonstra a possibilidade de um conflito entre prevenção geral e especial em situações em que a quantidade de pena para se alcançar esses objetivos é

²⁰⁵ Isso tem importância quando se reconhece que, para uma execução ressocializadora da pena, é fundamental admitir que apenas se atinge o efeito socializador eficaz quando há uma colaboração, aceitação por parte do delinquente. Uma ressocialização forçada seria uma violação à dignidade de pessoa (art. 1º, GG) Idem. p. 93/94

diferente. Apresenta o seguinte exemplo: quando, num caso concreto, um jovem provoca uma lesão com resultado morte numa menina, pode parecer adequada uma pena de privação de liberdade de três anos, para efeitos de prevenção geral, enquanto que as exigências de prevenção especial apenas permite uma pena de um ano, cumprida em liberdade, quando uma pena mais grave provocaria um efeito dessocializador no autor, provavelmente o inserindo numa futura criminalidade. Aqui, qualquer das soluções tomadas apresenta um ponto positivo de um lado, e um negativo de outro. Nessas situações há de se colocar em posição de destaque a prevenção especial em relação à prevenção geral. Apresenta os seguintes motivos para essa tomada de posição: a) a ressocialização é um imperativo constitucional, que não pode ser desobedecido quando seja possível seu cumprimento²⁰⁶; b) deve-se levar em conta que, em caso de conflito, uma preferência à prevenção geral coloca em risco o objetivo ressocializador da pena (por exemplo, quando um tempo a mais na prisão, para efeitos de prevenção geral, oferece perigo de prejuízo ao condenado, produzindo um efeito dessocializante no mesmo) e; c) a preferência pela prevenção especial não exclui algum efeito preventivo-geral, apenas pode reduzi-lo, pois também uma pena reduzida produz efeitos preventivos sobre a generalidade das pessoas.

Por outro lado, apresenta uma condição à primazia da prevenção especial: a de que ela apenas seja preponderante quando as necessidades preventivo-gerais o permitam, ou seja, quando a quantidade necessária de pena para se alcançar a ressocialização do agente seja tão reduzida a ponto de comprometer a

²⁰⁶ Importante destacar que Roxin fundamenta seu pensamento na Constituição alemã, em que a busca da ressocialização do condenado é um imperativo. O mesmo fundamento não pode ser utilizado para fundamentar uma teoria da pena para o Brasil pois, aqui, a Constituição Federal não emana tal comando.

confiança da população no ordenamento jurídico (a ponto de que a pena não seja levada a sério pela comunidade). Em relação a isso, afirma ROXIN: “Em muchos casos, aunque no siempre, el limite inferior del marco penal atiende ya a la consideración del ‘mínimo preventivogeneral’”.²⁰⁷

De fundamental importância é demonstrar a finalidade da prevenção geral para o autor. Ao contrário de JAKOBS, que vê na pena a função de estabilização de expectativas normativas, com o objetivo de reforçar a confiança da população no direito, simplesmente para reforçar a validade da norma, para ROXIN a pena tem a função de prevenir crimes para que bens jurídicos sejam protegidos, e não simplesmente para a proteção da norma por si só. Veja-se a seguinte passagem:

Hoje, como todo o poder estatal advém do povo, já não se pode ver a sua função na realização de fins divinos ou transcendentais de qualquer outro tipo. (...) A sua função limita-se, antes, a criar e a garantir a um grupo, interior e exteriormente, no Estado, as condições de uma existência que satisfaça as suas necessidades vitais. (...) Concretamente, e em relação com o nosso tema, tal significa que em cada situação histórica e social de um grupo **os pressupostos imprescindíveis para uma coexistência em comum se concretizam numa série de condições valiosas como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação ou a propriedade, as quais todo o mundo conhece; numa palavra os chamados bens jurídicos;** e o direito penal tem que assegurar esses bens jurídicos, punindo a sua violação em determinadas condições.²⁰⁸

Resumindo esse ponto: 1) a teoria unificadora preventiva centraliza os enfoques preventivo-geral e especial; 2) em algumas situações é o enfoque ressocializador que prevalece, em outras, o preventivo-geral; 3) quando ambas as finalidades são incompatíveis, prevalece a finalidade de prevenção-especial e; 4) por outro lado, no momento da cominação penal, há de se dar ênfase à prevenção geral que, em determinados casos, por si só fundamenta a pena criminal ao se notar uma total ineficácia preventivo-especial.

²⁰⁷ ROXIN, Claus. Derecho Penal... p. 97

²⁰⁸ ROXIN, Claus. Problemas fundamentais... p. 27/28 O negrito não consta no original.

Passemos, agora, ao segundo pilar que sustenta sua teoria.

b) A renúncia a toda retribuição

Nesse segundo ponto, afirma que em sua teoria unificadora a retribuição não pode ser considerada sequer como um fim concorrente à prevenção. Ao discorrer sobre a impossibilidade dessas duas finalidades atuarem em conjunto (prevenção e retribuição), comenta que é equivocado o entendimento de que somente a teoria retributiva da pena explica a punição de criminosos nazistas, que atualmente viviam integrados e não apresentavam nenhum perigo à sociedade.

Pondera ROXIN:

(...) un castigo de estos fatos es necesario desde fundamentos preventivos generales, porque si no se perseguieran se podría estremecer gravemente la conciencia jurídica general: si tales asesinatos se quedasen sin castigo, es posible que quisiera invocar el mismo tratamiento cualquier otro autor de homicidio, respecto del cual no hay peligro de reincidencia y exigir del mismo modo la impunidad. Esto obligaría a relativizar la validez de la prohibición de matar y su efecto preventivo de forma intolerable.²⁰⁹

Rebate o autor outro argumento daqueles que defendem que a pena retributiva deve integrar a teoria mista. Afirmam esses doutrinadores que a “essência” da pena é a retribuição de um mal, enquanto a sua finalidade justificadora se encontra na idéia de prevenção. Ocorre que, segundo ROXIN, “as instituições jurídicas não possuem ‘essência’ alguma independente de seus fins, senão que essa ‘essência’ se determina mediante o fim que com ela se quer alcançar”.²¹⁰

Pelas razões acima expostas, refuta qualquer possibilidade de a retribuição servir de fundamento para a pena.

²⁰⁹ ROXIN, Claus. *Drecho Penal...* p. 98. É de se notar que o autor opta pela versão positiva da prevenção geral ao afirmar que a impunidade a esses delitos poderia estremecer a consciência jurídica da população.

²¹⁰ *Idem.* p. 98/99

Resta, agora, analisar como se pode efetuar uma limitação à pena criminal, já que sua finalidade é essencialmente preventiva. Respondendo a essa questão, passamos ao último pilar que sustenta a teoria do Professor de Munich.

c) O princípio de culpabilidade como meio de limitação da intervenção estatal.

Demonstra ROXIN que o principal defeito das teorias preventivas reside no fato de que as mesmas, justamente por sua finalidade de prevenção (seja de intimidação, seja de ressocialização), não reconhecem limite à intervenção estatal na liberdade do indivíduo. Não concordo com isso o professor de Munich.

Apesar da renúncia à retribuição, a culpabilidade, elemento decisivo da teoria retributiva, passa a fazer parte da teoria preventiva unificadora: o princípio de culpabilidade aparece como meio de limitação à pena. Assim, ainda que interesses de tratamento, de segurança ou de intimidação apareçam como necessários, a pena não pode ultrapassar o limite da culpabilidade. Aqui o princípio de culpabilidade muda de sinal: em vez de ser fundamento, aparece como limitador da pena estatal.

Tal raciocínio tem como um de seus fundamentos o que segue: a sensação de justiça, à qual corresponde uma importância significativa para a estabilização da consciência jurídica da população, impõe que nenhum ato praticado por uma pessoa possa ser castigado além do merecido, e merecida é apenas uma pena de acordo com a culpabilidade do agente.²¹¹

²¹¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal... p.100. Note-se que, em relação à prevenção geral, ao utilizar a expressão “estabilização da consciência jurídica”, opta o autor pela prevenção geral positiva (ou prevenção-integração).

E aqui o diferencial da teoria unificadora em relação à retributiva: nesta, a pena tem que, necessariamente, corresponder à culpabilidade do agente; naquela, se razões preventivas determinam que a pena deve ser inferior, não há necessidade de ela corresponder à culpabilidade. Este princípio aparece como limitador, e não como fundamento da pena.

A posição defendida pelo autor também evita as críticas realizadas pelos deterministas contra a utilização do conceito de culpabilidade em direito penal²¹², pois o uso da culpabilidade não serve para responder à questão de “por que se pune?”, mas sim para afirmar que a punição tem um limite (a culpabilidade), e que deve prevalecer sobre qualquer objetivo preventivo da pena. Mais, que a culpabilidade é um dado normativo, que independe de comprovação empírica, pois tal princípio serve como restrição ao poder estatal, atuando em favor dos cidadãos, e não os prejudicando²¹³. Veja-se a seguinte passagem:

(...) ciertamente la culpabilidad presupone em el fuero interno la libertad de comportarse de una u otra forma. Pero cuando la afirmación de la culpabilidad humana sirve solamente para trazar una frontera a una intervención estatal necesaria desde fundamentos preventivos, la legitimidad de su reconocimiento como uno de los medios de la salvaguarda de la libertad ciudadana no depende de su demostrabilidad empírica o epistemológica. Su aceptación es una posición normativa, una regla de juego social, que no responde a la pregunta de como está configurada em su esencia la libertad humana, sino que solamente dispone que lo hombre debe ser tratado por el Estado como libre em principio y capaz de responsabilidad. La pregunta relativa a la existencia real de la libertad de voluntad puede y debe ser excluida debido a su imposibilidad de decisión objetiva. Puesto que el principio de culpabilidad solo sirve como instrumento para restricción de la prevención, no perjudica a los particulares, sino que los protege; también um determinista puede admitir semejante principio jurídico normativo, porque ello no afecta a su convencimiento de la condición real del curso del mundo.²¹⁴

²¹² Os deterministas refutam o conceito de culpabilidade em direito penal pelo fato de o livre-arbítrio, fundamento da culpabilidade, não ser demonstrável empiricamente. Superando esse problema, ROXIN afirma que a culpabilidade, por se tratar de critério limitador, e não de fundamento da pena, é um dado normativo, que independe de comprovação empírica.

²¹³ Compara a culpabilidade e a liberdade do homem com a dignidade humana, axioma jurídico que também independe de comprovação empírica.

²¹⁴ ROXIN, Claus. Derecho Penal... p. 101

Para concluir, afirma que essa solução põe fim ao problema das teorias preventivas: o fato de que as mesmas utilizam os homens como simples meios para fins utilitários, desrespeitando, com isso, a dignidade da pessoa humana. A culpabilidade como limite à prevenção supera tal crítica.

Em relação à teoria de ROXIN, duas observações podem ser realizadas:

- 1) as finalidades preventivas da pena são um fracasso demonstrado pelas ciências sociais: a) para refutarmos a prevenção geral, tanto a negativa como a positiva, basta notarmos a existência de crimes apesar de penas severas serem aplicadas aos que violam a norma. A pena não intimida. Tampouco estabiliza a consciência jurídica em torno do direito, pois do contrário, caso fosse efetivo o efeito de prevenção, não ocorreriam delitos;²¹⁵ b) a finalidade de prevenção especial não pode prosperar: o objetivo de educar para a liberdade em situação de não-liberdade é incompatível com qualquer lógica;
- 2) O critério da culpabilidade como limite à intervenção estatal seria interessante se houvesse meio de mensurá-la, mas como ela é um dado normativo, e não empírico, parece-me impossível fazê-lo.

Com isso terminamos a análise sobre o discurso jurídico acerca das finalidades da pena. Passemos, agora, à segunda parte do trabalho: a análise do discurso realizado pela criminologia crítica, com o objetivo de deslegitimar o poder punitivo do Estado.

²¹⁵ Sobre as críticas ao efeito preventivo da pena, ver capítulos anteriores.

PARTE II – O DISCURSO CRIMINOLÓGICO

Antes de desenvolver o tema, uma ressalva se faz necessária. Ao se falar em “discurso criminológico”, não se está a trabalhar com a criminologia positivista (LOMBROSO, FERRI e GAROFFALO), que tem por objeto o estudo das causas individuais da criminalidade (por isso a possível classificação de criminologia etiológica individual), mas sim com uma criminologia que critica a anterior, ou seja, com uma mudança de paradigma, deixa-se de estudar as causas da criminalidade para se refletir sobre os processos de criminalização de certas pessoas.

O surgimento da teoria criminológica denominada *labeling approach* relativizou as pesquisas etiológicas ao apresentar um novo componente: a criminalização. Para o *labeling*, o crime é um comportamento qualificado como criminoso e, para criminólogos como BARATTA, o que interessa é a distribuição social desse bem negativo chamado criminalidade. O sistema de justiça criminal não existe para combater o crime, como têm afirmado o Direito Penal e a Criminologia Tradicional. Hoje, a Criminologia Crítica tem a convicção de que o sistema de justiça criminal realmente existe para garantir um sistema social ou, melhor, para garantir e manter relações sociais, criminalizando um certo grupo de condutas e estigmatizando um certo grupo de pessoas.

Para se analisar o discurso realizado pela Criminologia Crítica sobre as funções da pena, seguiremos o seguinte caminho. Primeiro será apresentada a proposta de ZAFFARONI/NILO BATISTA para uma teoria agnóstica da pena²¹⁶. Em segundo lugar, demonstraremos a crítica materialista/dialética às funções

²¹⁶ ZAFFARONI/BATISTA. Direito Penal... p. 97/101

declaradas da pena, desenvolvidas, principalmente por PASUKANIS²¹⁷ e RUSCHE/KIRCHHEIMER²¹⁸, e sintetizadas por CIRINO DOS SANTOS²¹⁹. Logo em seguida será realizado um pequeno estudo para se pensar a prisão como instrumento central de controle social numa sociedade capitalista. Após, demonstraremos as críticas criminológicas às funções declaradas da pena criminal. E por fim serão apresentadas as propostas de extinção (imediata ou progressiva) do sistema penal, representadas pelas teorias abolicionistas radicais e moderadas.

CAPÍTULO I – A teoria agnóstica da pena

Essa teoria surge para refutar as finalidades declaradas da pena criminal, as quais atribuem a ela uma função positiva. A mais recente função atribuída à pena criminal é meramente simbólica (prevenção geral positiva).

A teoria agnóstica da pena fundamenta-se na contraposição entre os modelos de Estado de Direito e Estado de Polícia. Este é o “modelo de estado no qual um grupo, classe social ou seguimento dirigente encarna o saber do que é bom ou possível e sua decisão é lei”; aquele é o modelo de estado “no qual o bom ou o possível é decidido pela maioria, respeitando os direitos das minorias, para o que tanto aquela quanto estas precisam submeter-se a regras que são mais permanentes do que meras decisões transitórias”.²²⁰ Continuam as distinções:

²¹⁷ PASUKANIS, Eugeny Bronislavovic. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Tradução de Soveral Martins. Coimbra: Perspectiva Jurídica, 1972. p. 183 e ss.

²¹⁸ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punishment and Social Structure**. Transaction Publishers, 2003.

²¹⁹ CIRINO DOS SANTOS. Juarez. Teoria da pena...p. 19/24

²²⁰ ZAFFARONI/BATISTA. Direito Penal... p. 93

Para o primeiro modelo (o de polícia), submissão à lei é sinônimo de obediência ao governo; para o segundo, significa acatamento a regras anteriormente estabelecidas. O primeiro pressupõe que a consciência do que é bom pertence à classe hegemônica e, por conseguinte, tende a uma justiça substancialista; o segundo pressupõe que pertence a todo ser humano por igual e, portanto, tende a uma justiça procedimental. A tendência substancialista do primeiro o faz pender para um direito transpersonalista (a serviço de algo meta-humano: divindade, casta, classe, estado, mercado, etc.); o procedimentalismo do segundo, para um direito personalista (para os humanos) (...). As agências jurídicas do primeiro (estado de direito) tratam de controlar o respeito às regras estabelecidas; as do segundo (estado de polícia), o respeito à vontade hegemônica.²²¹

Estes modelos de estado são ideais. Portanto, não existem isoladamente, mas sim simultaneamente. Em estados concretos, e não ideais, encontram-se elementos tanto de um quanto de outro modelo de estado, em maior ou menor medida. Em relação ao direito penal desses estados concretos, manifesta-se o autor:

O exercício do poder punitivo – com sua seleção de criminalizados e vitimizados por vulnerabilidade, o sacrifício de seus operadores, sua imagem bélica, a reprodução de antagonismos sociais, sua preferência pelo modelo de sociedade verticalista disciplinarizante (corporativa) – não pode senão identificar-se como um modelo do capítulo do modelo de estado de polícia que sobrevive dentro do estado de direito. A legitimação do poder punitivo é, portanto, simultaneamente, legitimação de componentes do estado de polícia e atua em detrimento do estado de direito. Com a racionalização de suas funções manifestas e com a dissimulação do modo real de exercício do poder punitivo, este se legitima.²²²

Em relação à teoria do garantismo penal de FERRAJOLI, manifesta-se no sentido de que, ainda que seja preferível em relação às demais teorias justificadoras, ela não deixa de legitimar o estado de polícia.²²³

Desde o ponto de vista científico, trata-se de uma teoria negativa por refutar as teorias jurídicas positivas da pena criminal. Em relação a elas, aponta os

²²¹ Idem. p. 94/95 As expressões entre parênteses – “estado de direito” e “estado de polícia” – não constam no texto. Foram inseridas para uma melhor compreensão do leitor.

²²² Idem. p. 96

²²³ FERRAJOLI afirma que a pena possui duas funções principais: a prevenção geral dos delitos (intimidação), e a prevenção geral das penas arbitrárias (proteger o indivíduo que praticou um crime de penas privadas, desproporcionais e ilegítimas). “... Significa más bien que el derecho penal asume como fin una doble función preventiva, una y outro de signo negativo: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas.” FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...* p. 334

seguintes problemas: a) as finalidades atribuídas à pena criminal pelas teorias justificadoras apresentam-se plurais, contraditórias e incompatíveis entre si (pense-se na retribuição e na prevenção especial). Conseqüência disso é que os direitos subjetivos do Estado, correspondentes a elas, também seriam plurais e contraditórios; b) punições que, embora formalmente não o sejam, ficam fora do alcance de determinadas teorias, razão pela qual apenas se muda o discurso (por exemplo, na teoria retributiva, em vez de se chamar de pena a conseqüência jurídica de um ato praticado por um inimputável, denomina-se medida de segurança.²²⁴

O objetivo desses autores é, então, desenvolver uma teoria negativa da pena. Ou seja, não partem das funções positivas, pois as reconhecem como falsas ou não generalizáveis, mas sim das funções latentes/ocultas, que afirmam serem inúmeras, mas não reconhecidas. Mais que isso, uma teoria negativa da pena não legitima os elementos de um estado de polícia, apenas limita a atuação desse modelo de estado. Veja-se a seguinte passagem:

(...) deve-se ensaiar uma construção que surja do fracasso de todas as teorias positivas (por serem falsas ou não-generalizáveis) em torno de funções manifestas. Adotando-se uma teoria negativa, é possível delimitar o horizonte do direito penal sem que seu recorte provoque a legitimação dos elementos do estado de polícia que lhe toca limitar. A questão é como se obter um conceito de pena sem apelar para suas funções manifestas. A este respeito não é tampouco viável a tentativa de fazê-lo através de suas funções latentes, porque estas são múltiplas e nós não as conhecemos em sua totalidade (...)²²⁵

Trata-se de um conceito agnóstico/negativo de pena pelas seguintes razões: a) agnóstico porque, em relação às suas funções, aceita que não as conhece; b) negativa porque não reconhece nenhuma função positiva à pena e; c)

²²⁴ ZAFFARONI/BATISTA. Direito Penal... p. 97

²²⁵ Idem. p. 98

tal conceito é obtido por exclusão: consiste em coerção estatal que não corresponde nem ao modelo administrativo direto nem ao modelo reparador.

Enfim, conceitua pena da seguinte forma: “a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes (...) a pena é um exercício de poder”.²²⁶

Tal conceito de pena apresenta os seguintes pontos positivos: a) um conceito negativo de pena tem a conseqüência positiva de evidenciar o poder punitivo em todas as suas dimensões; b) trata-se de uma programação para realizar o princípio de subordinação máxima à lei penal, que objetiva a limitação do estado de polícia e a exaltação do estado de direito e; c) esse conceito de pena não exclui atos de poder ilegítimos como tal (considera-se pena atos como torturas, ameaças, seqüestros e justicamentos policiais, espancamentos, violências sexuais, lesões, riscos de contágio a doenças, etc.). Enfim, pena é todo ato de poder que impõe privação de direitos ou dor, sejam legítimos ou não.²²⁷

No entanto, sobre tal teoria também são necessários alguns comentários. Mas, antes de fazê-los, necessário se faz destacar o mérito de Eugenio Raúl ZAFFARONI e Nilo BATISTA: primeiro, porque desenvolvem uma teoria que reconhece como falsas as teorias justificadoras do poder punitivo; segundo, trata-se de uma teoria crítica e democrática do direito penal, perfeitamente adequada a produzir influência sobre a prática jurídico-penal, assim como sobre projetos de política criminal e; por fim, “ao definir pena como ato de poder político, atribuir à

²²⁶ Idem. p. 99

²²⁷ Idem. p. 100

pena o mesmo fundamento jurídico da guerra e rejeitar como falsas as funções manifestas ou declaradas da pena criminal significa ruptura radical e definitiva com o discurso de lei e ordem do poder punitivo”.²²⁸

Passemos, agora, às considerações.

Primeiro, o componente agnóstico do conceito de pena, representa o desconhecimento das finalidades reais do sistema penal, ou seja, tal teoria demonstra desinteresse em demonstrar quais são os interesses reais que estão por detrás do discurso jurídico que legitima a atuação do sistema penal. Com isso, além de estarem rompendo com a história da Criminologia Crítica, estão afastados da característica principal de seus trabalhos intelectuais, que explicam a atuação do sistema penal pela seletividade de pessoas que apresentam estereótipos, determinados por indicadores sociais negativos, como classe social, raça, credo, etc.²²⁹

Segundo, a atitude de não reconhecer quais são as reais finalidades da pena (agnosticismo), ignoram “as dimensões de realidade e de ilusão das formas ideológicas de controle social das sociedades de classes sociais antagônicas, com o abandono da crítica criminológica fundada na dialética das funções declaradas ou manifestas da ideologia penal”, desconsiderando, com isso, as funções reais da pena criminal, que garantem a separação de classes sociais na sociedade capitalista.²³⁰

Com isso, terminamos a análise da teoria agnóstica da pena e passamos, de imediato, a comentar sobre a crítica materialista/dialética da pena criminal.

²²⁸ CIRINO DOS SANTOS. Juarez. Teoria da pena... p. 17

²²⁹ Idem. p. 17/18

²³⁰ Idem. p. 18/19

CAPÍTULO II – A crítica materialista/dialética às funções declaradas da pena criminal

Indo um pouco adiante da teoria agnóstica, a crítica materialista/dialética da pena criminal tem por objetivo demonstrar as finalidades reais ou latentes da punição. Trata-se de uma maneira de refutar as teorias jurídicas, apresentando uma nova forma de se enxergar o fenômeno da pena.

Será demonstrado que a pena criminal, na sociedade capitalista, nunca serviu como expiação metafísica da culpabilidade, nem como forma de ressocializar o indivíduo ou de intimidar a sociedade, como quer grande parte dos juristas. As finalidades da pena encontram-se camufladas nesses discursos. O que se pretende, aqui, é demonstrar o que está por detrás dessas teorias ditas científicas.

Para tanto, seguiremos o seguinte caminho. Primeiro, analisaremos a retribuição, não como fenômeno de expiação da culpabilidade, mas sim como retribuição equivalente pela prática do crime. Segundo, demonstraremos que a prevenção especial serve, não como forma de ressocializar o indivíduo, mas sim como garantia das relações de exploração entre capital e trabalho assalariado. Por último, falaremos da prevenção geral, não como intimidação social ou afirmação simbólica do ordenamento jurídico, mas sim como afirmação da ideologia dominante.

Seção I – A pena como retribuição equivalente do crime

Para realizar esse ponto do trabalho foram utilizados textos de autores como PASUKANIS, RUSCHE/KIRCHHEIMER e MELOSSI/PAVARINI, todos eles sintetizados pelos trabalhos do Professor Juarez CIRINO DOS SANTOS.²³¹

O discurso aqui desenvolvido tem por objetivo demonstrar as finalidades ocultas/reais da pena criminal na sociedade contemporânea. Numa sociedade capitalista, construída sobre a relação capital/trabalho, existem duas instituições principais que mantêm essa estrutura: a indústria (fábrica)²³² e a prisão.

A criminologia materialista/dialética²³³ demonstra a retribuição equivalente como fenômeno sócio-estrutural típico das sociedades capitalistas: essa função da pena deve ser tida como fundamento ideológico de sociedades que se fundam na relação capital/trabalho.²³⁴

As relações econômicas no capitalismo são estruturadas sobre o princípio da retribuição equivalente em todas as relações: o salário é a retribuição

²³¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. e CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

²³² Deve-se destacar que, ao se utilizar como exemplo de instituição de controle social a fábrica, não se está a ignorar a evolução da sociedade, consistente no fato de que a relação capital/trabalho vai além do espaço físico das indústrias. Fala-se na indústria, pois nela encontramos uma forma de se perceber facilmente como se controlam seres humanos. Hoje a relação capital/trabalho não se resume a isso, mas há de se levar em conta que as técnicas de controle também não são as mesmas. O modelo panóptico sai das fábricas e das prisões e ganha as ruas. Empresas e pessoas prestadoras de serviços também são facilmente submetidas a essas novas técnicas. Portanto, quando nesse trabalho se falar em fábrica/indústria, entenda-se também as demais relações capitalistas.

²³³ Terminologia utilizada por Juarez CIRINO DOS SANTOS em CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Teoria da pena... p. 19

²³⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Teoria da pena... p. 19

equivalente ao trabalho, o preço pago equivale à mercadoria vendida, etc. No campo jurídico: a indenização civil é a retribuição equivalente do dano causado, e, enfim, no campo penal “a retribuição equivalente é instituída sob a forma de pena privativa de liberdade, como valor de troca do crime medido pelo tempo de liberdade suprimida”²³⁵. Veja-se a afirmação de PASUKANIS:

A pena proporcionada à culpabilidade representa fundamentalmente, a mesma forma que a reparação proporcionada ao dano. É a expressão aritmética que sobretudo caracteriza o rigor da sentença (...) A privação de liberdade por um tempo determinado através da sentença do tribunal é a forma específica pela qual o direito penal moderno, isto é, burguês-capitalista, realiza o princípio da retribuição equivalente. Esta forma está inconscientemente, mas profundamente, ligada à representação do homem abstracto e do trabalho humano abstracto mensurável pelo tempo. Não foi por acaso que esta forma de pena foi introduzida e foi considerada como natural precisamente no século XIX, ou seja, numa época em que a burguesia pôde desenvolver e afirmar todas as suas características. As prisões e os calabouços também existiram na Antiguidade e na Idade Média ao lado de outros meios de violência física. Porém, os indivíduos estavam geralmente detidos aí até à sua morte ou até que pudessem pagar o seu resgate.²³⁶

A pena aparece como retribuição equivalente ao crime, apresenta-se, na sociedade capitalista, como moeda de troca. Tem por objeto o critério geral referente ao valor de troca de mercadorias: o tempo de dispêndio de energia para produzir o objeto.²³⁷

A idéia de pena como retribuição equivalente, equiparada a valor de troca, realiza o princípio jurídico da igualdade formal. Sobre a pena como valor de troca, afirma PASUKANIS: “Numa palavra, as relações entre o Estado e o delinquente situam-se inteiramente no quadro de um leal negócio comercial.” Daí a importância do princípio da legalidade para aquele que pratica o delito: “Ele deve saber qual o quantum de liberdade que deverá pagar em consequência do

²³⁵ Idem. p. 21

²³⁶ PASUKANIS, Eugeny Bronislavovic. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Tradução de Soveral Martins. Coimbra: Perspectiva Jurídica, 1972. p. 202

²³⁷ “Para que a idéia da possibilidade de repara o delito através do quantum de liberdade tenha podido nascer foi preciso que todas as formas concretas da riqueza social tivessem sido reduzidas à mais abstracta e mais simples das formas, ao trabalho humano medido pelo tempo.” PASUKANIS. Teoria geral... p. 202

contrato concluído perante o Tribunal. Ele deve conhecer antecipadamente as condições com base nas quais deverá ser preso.”²³⁸

Refuta o autor qualquer possibilidade de se atribuir à pena criminal, como essencial, alguma função preventiva.

Se, efectivamente se considerasse a pena, apenas sob o ponto de vista do seu fim, a própria execução da pena e, particularmente, os seus resultados deveriam provocar maior interesse na vida social. (...) O interesse atribuído aos métodos de acção, de grande fôlego sobre o delinqüente é insignificante em comparação ao interesse suscitado pelo impressionante momento em que é pronunciada a sentença e determinada a <<medida penal>>. (...) Em compensação, a questão que, para o público, se encontra no centro da atenção é a de saber se a sentença corresponde à gravidade do delito. Para a opinião pública, desde que o tribunal haja determinado correctamente o equivalente, tudo se encontra, por assim dizer, em ordem e o destino do delinqüente quase já não interessa a ninguém.²³⁹

Ainda rejeitando qualquer função preventiva à pena, cita o seguinte exemplo:

(...) um delinqüente reincidente que já foi condenado 22 vezes por burla, roubo, burla, etc. foi pela 23ª vez condenado em 24 dias de prisão por ultraje a um funcionário. Um outro que passou ao todo 13 anos na penitenciária e na prisão, já 16 vezes condenado por roubo e burla, foi pela 17ª vez condenado em quatro meses de prisão por burla. Nesta caso não pode manifestamente falar-se nem de uma função de defesa nem de uma função de reeducação. É o princípio formal da equivalência que triunfa aqui: a igual culpabilidade, igual pena. De resto, que outra coisa poderia ter feito o tribunal? Ele não pode esperar corrigir, em 3 semanas de detenção, um reincidente impenitente, mas também não pode encerrar por toda a vida o sujeito em questão por um simples ultraje a um funcionário. Nada mais lhe resta do que obrigar o delinqüente a pagar na sua moeda de trocos (algumas semanas de privação de liberdade).²⁴⁰

Deve-se, aqui, demonstrar a universalidade da pena privativa de liberdade retributiva como a concebe PASUKANIS. Quando se pensa em pena de multa, logo se percebe que ela somente se destina à classe social que teria como pagá-la. A retribuição equivalente, ao contrário, se apresenta como uma teoria da pena

²³⁸ Idem. p. 205/206

²³⁹ Idem. p. 204 Interessante é demonstrar que, por mais que se trate de retribuição equivalente, e não de expiação da culpa, o elemento simbólico da representação da atuação do sistema penal sobre o indivíduo é de fundamental importância. Daí se poder afirmar que não há como se falar na “moderna teoria da prevenção geral positiva” sem se pensar imediatamente em retribuição.

²⁴⁰ Idem. p. 205

universal pelo fato de que o tempo, como moeda de troca do crime, é objeto detido por todos, independente de classe social.

Juarez CIRINO DOS SANTOS amplia a relação pena criminal/mercadoria na sociedade capitalista. Além do *valor de troca*, na retribuição equivalente, a pena também se apresenta na forma de *valor de uso*, com suas finalidades preventivas.

- a) a prevenção especial negativa de neutralização do condenado e a prevenção especial positiva de correção do condenado, vinculam a retribuição equivalente da pena criminal às funções reais/latentes de disciplina da classe trabalhadora;
- b) a prevenção geral negativa de intimidação de criminosos potenciais e prevenção geral positiva de integração/prevenção da pena criminal, como afirmação da validade da norma, na linha de JAKOBS, ou como afirmação dos valores comunitários, na linha de ROXIN, vinculam a retribuição equivalente da pena criminal às funções reais/latentes de preservação da ordem social fundada na relação capital/trabalho assalariado das sociedades contemporâneas.²⁴¹

Em síntese, de acordo com a gravidade do crime, a pena constitui sua retribuição equivalente, mensurada pela quantidade de tempo suprimida do condenado. Então, concordemos ou não, enquanto perdurar a sociedade estruturada sobre a relação capital/trabalho assalariado, há de continuar existindo a prisão como instituição que representa a pena como retribuição equivalente.²⁴²

Concluída essa parte do trabalho, passemos, agora, a analisar as críticas criminológicas à prevenção especial.

Seção II – Prevenção especial como garantia das relações sociais

Hoje, em relação à prevenção especial, temos um discurso que caminha nesta direção: a pena deve ser aplicada para evitar crimes futuros, de duas

²⁴¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Teoria da pena... p. 23

²⁴² Para PASUKANIS, a única forma de se acabar com a pena como retribuição equivalente é a abolição prática das relações capitalistas, ou seja, fazer a luta revolucionária do proletariado e a realização do socialismo. PASUKANIS. Teoria geral... p. 207

maneiras: ou através da correção do sujeito (práticas ressocializadoras, educativas, que possui a denominação de prevenção especial positiva), ou através da separação do sujeito da sociedade, tornando-o inócuo, neutralizando-o (que possui a denominação de prevenção especial negativa).

Quanto a essa última, a idéia dessa teoria parece muito simples: segregado, o indivíduo não teria como novamente atingir a sociedade. Compara-se o Estado com qualquer outro indivíduo. Argumenta-se que quando o administrado cede direitos ao Estado para tutelá-lo (pacto social), autoriza-o a se defender contra manifestações que ponham em risco seu interesse ou sua própria existência. Atuando em legítima defesa, o Estado está autorizado a ser violento.

Nesse ponto abordaremos os pontos frágeis tanto da prevenção especial negativa (ou de neutralização) como os da prevenção especial positiva.

No que se refere à prevenção da criminalidade pela privação da liberdade de um indivíduo, com o intuito de neutralizá-lo (prevenção especial negativa), podemos apontar as seguintes considerações:

1) essa função de evitar a criminalidade do indivíduo pela sua neutralização é válida, mas somente em parte. O sujeito que é inserido no sistema penal deixa de praticar delitos apenas em meio às pessoas que estão em liberdade. No entanto, até por uma questão de sobrevivência, aprende a praticar os delitos típicos da situação daqueles que estão encarcerados: uso de entorpecentes, lesões corporais em pessoas de gangues rivais, pequenas fraudes para que agentes penitenciários permitam maior flexibilidade no sistema de disciplina, etc.;

2) a prisão provoca no condenado o fenômeno denominado prisionização (a perda dos valores que regem a vida em sociedade e o aprendizado dos valores da vida

na prisão – violência, corrupção). Assim, seja por esses efeitos negativos, seja pelos processos de preconceitos sociais desencadeados pelo rótulo de criminoso, conclui-se que a privação da liberdade produz maior reincidência.

3) a condição de criminoso provoca conseqüências negativas na vida do condenado. O indivíduo recebe o rótulo de criminoso e a conseqüente redução de chances de uma integração social. Não se oferece emprego ao condenado. Há um preconceito contra aquele que passa pelo sistema penal. Essa desclassificação social produz no delinqüente uma auto-imagem de criminoso. O indivíduo assume o rótulo e age como tal. A sociedade espera do rotulado um comportamento delituoso, e ele, assumindo o papel que lhe é atribuído, não frustra as expectativas.²⁴³

BECKER e LEMERT, citados por BARATTA, analisam a questão da seguinte forma:

(...) Analisando a típica carreira dos fumadores de marijuana, nos Estados Unidos, Becker demonstrou que a mais importante conseqüência da aplicação de sanções consiste em uma decisiva mudança da identidade social do indivíduo; uma mudança que ocorre logo no momento em que é introduzido no status de desviante. Segundo Lemert, central para uma teoria do desvio baseada na perspectiva da reação social (social reaction) é a distinção entre delinqüência “primária” e delinqüência “secundária”. Lemert desenvolve particularmente essa distinção, de modo a mostrar como a reação social ou a punição de um primeiro comportamento desviante tem, freqüentemente, a função de um “commitment to deviance”, gerando, através de uma mudança da identidade social do indivíduo assim

²⁴³ E aqui nos deparamos com situações esdrúxulas, aproveitadas pelos meios de comunicação sensacionalistas, especialistas em controlar suas audiências através do espetáculo do medo. Não raras vezes ouvimos debates no seguinte sentido: João matou Pedro por conta de uma briga insignificante. E a simples demonificação de João nos basta para advogarmos pela pena de morte. Não nos vem à cabeça, porém, talvez o principal motivo de João ter matado Pedro. As provas dos autos apenas nos trazem apenas esses dados (motivo insignificante), suficientes a qualificar o crime de homicídio por motivo fútil. As reações violentas, fruto de um aprendizado às regras de convivência na prisão, não são dados trazidos aos autos do processo. Mais que isso, se trazidas, talvez determinassem um aumento de pena devido à perigosidade do agente. É essa lógica que governa decisões legislativas e judiciais. A vida na prisão passa longe dos gabinetes de legisladores e magistrados. Por isso trazemos novamente a questão: quem é que nos salva das boas intenções desses legisladores e magistrados? Quem é que nos demonstra o quão perigosos são para nossa sociedade? Devemos, então, procurar uma solução dogmática para frear esses impulsos inconscientes daqueles que decidem a vida de muitos réus. A proposta de se mensurar a pena pela vulnerabilidade do indivíduo nos parece interessante. Desenvolveremos melhor o raciocínio em capítulo próprio.

estigmatizado, uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu.²⁴⁴

4) a máxima desintegração social do condenado é consequência necessária da execução de uma pena privativa de liberdade: o condenado perde os laços familiares, recebe o estigma das demais pessoas que o circundam, perde o emprego, ocorre uma formação de atitudes dependentes da regulamentação da vida prisional, etc. Consequência disso é a redução das chances de se esperar do indivíduo um comportamento conforme as normas jurídicas.

5) Sobre o tema, comenta Juarez CIRINO DOS SANTOS: a subcultura da prisão produz deformações psíquicas e emocionais no condenado, que excluem a reintegração social e realizam a chamada *self fulfilling prophecy*, como disposição aparentemente inevitável de carreiras criminosas”;

Mais que isso, em relação à sua função de evitar a criminalidade, vimos que essa teoria é a que mais se aproxima de seu objetivo, mas ainda assim não é suficiente. Mas, em relação à sua finalidade real ou latente, trata-se de um êxito retumbante: o isolamento de certos indivíduos garante as condições fundamentais da sociedade capitalista. A pena criminal garante a separação entre a força de trabalho (trabalhador) e os meios de produção. Nas palavras de Juarez CIRINO DOS SANTOS:

(...) o valor de uso da pena criminal constitui utilidade atribuída ao valor de troca da pena criminal, sob as formas de prevenção especial e geral, cujas funções declaradas ou manifestas são ineficazes, mas cujas funções reais ou latentes de garantia das condições fundamentais da sociedade capitalista, são eficazes: garantem a separação força de trabalho/meios de produção, sobre a qual assenta o modo de produção fundado na contradição capital/trabalho assalariado (...) a desigualdade social e a opressão de classe do capitalismo é garantida pelo discurso penal da correção/neutralização individual...²⁴⁵

²⁴⁴ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica... p. 89

²⁴⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Teoria da pena... p. 24

6) Presunções negativas sobre certo grupo de pessoas, fundadas em indicadores sociais negativos, como cor de pele, baixo (ou nenhum) nível de escolarização, desemprego, pobreza, moradia em favelas, etc., acionam dispositivos inconscientes nas pessoas (meta-regras) que justificam a criminalização dessas pessoas, para que sejam corrigidas individualmente por uma pena privativa de liberdade, significam experiências nas subculturas da prisão, que tornam muito mais prováveis futuras reincidências.

Os processos de definição de pessoas como criminosas não se limitam àqueles realizados pelas instâncias oficiais de controle social (polícia, Ministério Público, etc.), mas se identificam com os processos de definição realizados pelo senso comum, os quais produzidos em situações não-oficiais, em momento anterior à atuação das instâncias formais de controle.²⁴⁶ Comentando os estudos de KITSUSE, descreve BARATTA:

(...) o desvio é um processo no curso do qual alguns indivíduos, pertencentes a algum grupo, comunidade e sociedade a) interpretam um comportamento como desviante, b) definem uma pessoa, cujo comportamento corresponda a essa interpretação, como fazendo parte de uma certa categoria de desviantes, c) põem em ação um tratamento apropriado em face dessa pessoa. Como Kitsuse e vários outros não se cansam de repetir, não é o comportamento, por si mesmo, que desencadeia uma reação segundo a qual um sujeito opera a distinção entre “normal” e “desviante”, mas somente a sua interpretação, a qual torna esse comportamento uma ação provida de significado. **Por isto, em determinado sentido, o comportamento é indiferente em relação às reações possíveis, na medida em que é a interpretação que decide o que é qualificado de desviante e o que não o é.**²⁴⁷

Para finalizar as considerações sobre a prevenção especial negativa, não é demais ressaltar que, quanto mais duradoura a pena privativa de liberdade, maior a convivência do condenado com a subcultura da prisão e, conseqüentemente,

²⁴⁶ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica... p. 94

²⁴⁷ Idem. p 94/95 O negrito não consta no original.

maior a sua perigosidade e maior a probabilidade de sua inserção numa carreira criminosa.

A função de prevenção especial positiva da pena, fundada na idéia de que o crime é um problema do indivíduo, determinado por elementos biológicos ou sociais, e que a pena é o tratamento para esse mal, também sofre duras críticas vindas da criminologia.

Primeiro, o projeto técnico-corretivo é um fracasso histórico que se caracteriza pela consciência de seu fracasso e pela reproposição do mesmo projeto fracassado (FOUCAULT). As características do modelo carcerário da sociedade capitalista resumem-se no fato de que as prisões produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e são propícias a estabilizar a sua inserção na população de delinqüentes.

Segundo, a frustração do projeto prisional como construção do condenado como força de trabalho útil, sintetizado na expressão *“nothing works”* de MARTINSON está na base da transformação da prisão em mero instrumento de neutralização do condenado.²⁴⁸

Por fim, demonstra-se também o fracasso da prevenção especial positiva pela análise do momento de aplicação da pena. O problema da aplicação da pena está na contradição entre o discurso do devido processo legal, tendo a dogmática processual penal como critério de racionalização, e a prática judicial seletiva por parte do Estado. O discurso do devido processo legal vê o crime como realidade ontológica preconstituída, enquanto a criminologia crítica permite enxergar a atuação seletiva do Estado (encoberta pelo discurso jurídico), orientada pelas

²⁴⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Teoria da pena... p. 26

meta-regras²⁴⁹, como elemento decisivo no processo de criminalização de pessoas selecionadas.

Fritz SACK chega a afirmar que a criminalidade, como realidade social, não é uma realidade anterior à atividade dos magistrados, mas sim uma qualidade atribuída por eles a certos indivíduos. Enfim, “a criminalidade é uma realidade construída socialmente através de processos de definição e de interação.”²⁵⁰ Resumindo, nas palavras de SACK: “(...) comportamento desviante é o que os outros definem como desviante. Não é uma qualidade ou uma característica que pertence ao comportamento como tal, mas que é atribuído ao comportamento.”²⁵¹

Isso tudo para demonstrar o fracasso da idéia de prevenção especial positiva. Ora, se a existência de um crime é determinada pela existência de uma lei determinando certa conduta como tal, e se se considera certo indivíduo perigoso pelo fato de o mesmo ter praticado uma conduta criminosa, temos que, necessariamente, caso se revogue um artigo de lei que determina certa conduta como crime, a qualidade de perigoso daquele que praticou essa conduta, automaticamente deve ser “revogada”. Concluindo: assim como o fenômeno de crime, a perigosidade de uma pessoa também não passa de uma construção social.

²⁴⁹ Entende-se por meta-regras o conjunto de experiências, traumas, preconceitos do operador do sistema de justiça criminal (policial, promotor de justiça, magistrado...), que determinam a sua atuação num caso concreto. Discorrendo sobre meta-regras, Juarez CIRINO DOS SANTOS afirma que são “mecanismos psíquicos de natureza emocional atuantes no cérebro do operador do Direito, constituídos de estereótipos, preconceitos, traumas e outras idiossincrasias pessoais do intérprete – definidos por SACK como o momento decisivo do processo de criminalização -, capazes de esclarecer a concentração da repressão penal em setores sociais marginalizados ou subalternos, ou na área das drogas, ou do patrimônio, por exemplo – e não nos crimes contra a economia, a ordem tributária, a ecologia, etc., próprios das elites de poder econômico e político da sociedade.” Idem. p. 27/28

²⁵⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica*... p. 107/108

²⁵¹ SACK, Fritz., apud, BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica*... p. 108

Seção III – Prevenção geral como afirmação da ideologia dominante

Como já dito na parte das críticas, no item referente à prevenção geral negativa, temos que a ameaça de pena apenas intimida, desestimula certas pessoas quando se relacionam a delitos que exigem reflexão, em que há tempo para o agente refletir sobre a relação custo/benefício da prática de certas condutas (crimes ecológicos, econômicos, tributários, etc.). Agora, no que se refere a condutas delituosas impulsivas (típicas daquelas veiculadas em meios de comunicação de massa), a ameaça da imposição de uma pena é irrelevante, seja em qual intensidade for.

Esse raciocínio nos impõe aceitar as críticas elaboradas por Welzel a essa teoria. Primeiro, a teoria da prevenção geral negativa, ao prever a pena a ser aplicada ao fato punível, requer a fixação da pena no mais alto grau. Segundo, a pena apenas teria efeito intimidativo caso o homem fosse integralmente racional e se também o agente do crime, antes de o cometer, não contasse com a probabilidade de não ser descoberto.²⁵²

Disso se extrai que a prevenção geral negativa apenas teria relevância para o direito penal simbólico, servindo como instrumento de legitimação do poder punitivo, por meio da disseminação de imagens ilusórias de eficácia do sistema penal na psicologia popular. Mais, com o desenvolvimento do direito penal simbólico, percebemos uma propaganda enganosa realizada pelo Estado, pois o

²⁵² WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 331. No mesmo sentido, MOLINA, Antonio García-Pablos. **Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas**. 2. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1994. p. 242

mesmo, com suas leis, quer demonstrar à população que a resposta penal ao desvio se aplica tanto às camadas sociais menos favorecidas (a real clientela do sistema de justiça criminal), quanto aos delitos praticados por pessoas em posição social diferenciada (crimes econômicos, tributários, ambientais, delitos contra o consumidor, etc.). Ao comentar sobre a previsão do delito de publicidade enganosa ou abusiva (Lei 8078/90), Maria Lúcia KARAM destaca:

Esta criminalização da publicidade enganosa ou abusiva encerra um irônico paradoxo: na verdade, a mais eficaz e perversa venda de um produto, através da omissão de dados essenciais e da divulgação de informações, inteira ou parcialmente falsas, capazes de induzir em erro a respeito da natureza, características, qualidade, origens, propriedade, etc, ou de incitar à violência e explorar o medo, é, exatamente, a “venda” do sistema penal. Anunciado como “produto” destinado a fornecer segurança e tranquilidade à população, (...) sua propaganda apresenta a idéia de que violência é igual a crime, (...) A falsa idéia, que reduz violência a criminalidade convencional, começa por ocultar o caráter violento de outros fatos mais danosos.²⁵³

Ao ocultar a violência de outros fatos muito mais danosos do que os veiculados pela mídia (que realiza a publicidade do sistema penal), o Estado, ao trabalhar com a idéia que equipara violência e criminalidade convencional, explora um dos sentimentos humanos mais fáceis de serem manipulados, o medo. Por meio da criação de inimigos externos (terrorismo) e internos (drogas), cria-se um ambiente de pânico, que tem por consequência uma demanda de maior intervenção do Estado nessas situações aparentemente problemáticas (necessidade de maior repressão, penas mais severas, maior ação policial, etc.).

A matriz ideológica do discurso de prevenção geral contemporâneo está no fenômeno do neoliberalismo²⁵⁴. Na década de setenta, quando ocorre uma queda na economia de alguns países europeus (em decorrência de uma inflação

²⁵³ KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias... p. 196/197

²⁵⁴ As idéias desenvolvidas nos parágrafos seguintes foram extraídas de aula ministrada pela Professora Vera Regina Pereira Andrade, no Instituto de Criminologia e Política Criminal, em Curitiba, no dia 03/12/2005.

galopante), ocorre um ataque frontal ao Estado. Os serviços sociais são acusados de terem provocado um empobrecimento do Estado. Afinal, os gastos com direitos sociais não são poucos. Cria-se o discurso de que o Estado de bem-estar social conduz, como o nazismo, à criação de um homem servil. Afinal, um Estado que proporciona todos os direitos sociais a seus administrados, os impede de se desenvolverem. Esse é o discurso.

Ocorre uma satanização do Estado e do serviço público. Como conseqüência disso, o fenômeno de privatização dos serviços públicos e o necessário efeito do desemprego. E o conjunto de desempregados que não sobreviveu à livre concorrência do mercado torna-se algo inconveniente nos grandes centros urbanos. E esse “lixo”, que suja as grandes cidades, e que impede o investimento do capital estrangeiro, deve ser “varrido” das ruas, e o sistema penal está aí para isso.

Com a não interferência do Estado, cria-se a idéia de que os melhores sobreviverão a tudo isso. Com um discurso de retomada ao liberalismo clássico, ocorre o fenômeno descrito por WACQUANT de transição do Estado-providência ao Estado-penitência, a transformação de um Estado de bem-estar social em um Estado-penal.

O conseqüente aumento da criminalidade patrimonial, decorrente desse novo modelo de Estado, assusta. As “humanitárias” políticas de lei e ordem ganham legitimidade. Políticas criminais de grandes cidades são alteradas para atender a esse novo momento histórico-cultural. Ocorre mudança, inclusive, no espaço público. Exemplo emblemático dessa nova realidade encontramos na cidade de Florianópolis. Existem políticas públicas no sentido de “limpar” o centro

da cidade de mendigos, bêbados, vagabundos, etc. Não é difícil de encontrar campanhas com os seguintes dizeres: “quem dá esmola não dá futuro”. E assim encontramos parte da população da Ilha controlada pelo sistema penal.²⁵⁵

Mas não basta a realidade social para a legitimação desse tipo de política. É necessário que essa política seja internalizada pelos administrados. E quem faz isso de forma magistral são os meios de comunicação. Cria-se uma ilusão de insegurança na população ao se fazer propaganda do sistema penal, equiparando criminalidade (principalmente a patrimonial) e violência. Ocultam-se dados de situações que provocam muito mais dano do que a violência propriamente dita (homicídios, lesões corporais, estupros, etc.). Sobre isso se manifesta Maria Lúcia KARAM:

Viver e conservar a integridade física, no Brasil, significa, antes de tudo, escapar da mortalidade infantil (o menor índice, que conseguimos registrar, é o de 40 óbitos por 1000 nascidos vivos, na região sul – dobro dos índices registrados nos países centrais ou em Cuba), da subnutrição (30% das crianças até 5 anos, em nosso país, sofrem de desnutrição), do sem número de doenças já controladas em outros países (aqui morre-se até de sarampo), das precárias condições de habitação e saneamento (menos da metade dos municípios brasileiros possui rede coletora de esgotos), enfim, escapar da pobreza e da miséria crônicas.²⁵⁶

Ocorre que esses dados aqui registrados não provocam medo. Não são tão amplamente divulgados como os dados da criminalidade registrada referente a homicídios, estupros, roubos, tráfico de entorpecentes, etc. O que provoca medo na população não é tanto o risco de vida (ou de morte), mas sim o risco de se encontrar numa daquelas situações assustadoras tão divulgadas pelos meios de comunicação (assaltos, seqüestros, estupros, etc.). Tanto é assim que,

²⁵⁵ Não precisa de um raciocínio muito elaborado, então, para constataremos que a economia da cidade é movimentada, em grande parte, pelo turismo.

²⁵⁶ KARAM, Maria Lúcia. De crimes, penas e fantasias... p. 197 Atente-se para o fato de que o trabalho referido data de 1991.

certamente, caso se faça uma pesquisa, as pessoas têm muito mais medo de serem assaltadas, seqüestradas, do que se verem envolvidas num grave acidente de trânsito, sendo que este último ocorre com muito mais freqüência do que os primeiros.

Enfim, e o que esses dados sociológicos têm haver com as teorias da pena? Tudo. De forma análoga a RUSCHE/KIRCHHEIMER, que afirmam que cada sistema de produção produz o seu sistema penal²⁵⁷, podemos afirmar que cada forma econômica de Estado produz a sua teoria da pena. O Estado neoliberal produz a teoria da prevenção geral positiva.

Por isso as teorias jurídico-penais contemporâneas afirmam que a prevenção geral não mais pode ser vista como mera intimidação, mas sim como integração do corpo social em torno do direito (JAKOBS, de forma mais radical, com o objetivo de mera estabilização do ordenamento jurídico, ROXIN e HASSEMER, atrelando essa função da pena à proteção de bens jurídicos). O medo da criminalidade é um sentimento que produz união. Afinal, em situações de fragilidade de um grupo, há de ter algo para uni-lo. E esse algo é o combate à criminalidade. Esse é um objetivo comum a todas as pessoas.

Mas note-se que esse objeto comum (medo da criminalidade) não é algo ontológico, uma realidade, senão algo construído.²⁵⁸ E o instrumento utilizado para manipular esse medo é a imposição de uma ideologia²⁵⁹ pelos meios de

²⁵⁷ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 20

²⁵⁸ Fácil de notar isso é constatar o tanto de pessoas que nunca foram vítimas de delito algum, mas que têm medo de sê-lo. Ao contrário, o tanto de pessoas que temem ser vítima fatal num acidente de trânsito.

²⁵⁹ Já no pensamento de MARX e, posteriormente em GRAMSCI, encontramos essas idéias. Para o primeiro, a ideologia pode ser entendida como um fenômeno pelo qual as representações que os homens elaboram sobre suas realidades são tidas como a própria realidade (MARX, Karl. **A ideologia alemã**. Tradução Frank Müller.

municação de massa. Pensemos no tráfico de entorpecentes: se o objetivo da criminalização dessa conduta fosse a busca de segurança social, a lógica impõe a descriminalização: a quantidade de dor, mortes, violência, que gira em torno dessa proibição é muito maior do que se o comércio de entorpecentes fosse legalizado.²⁶⁰

Resumindo: 1) uma política criminal fundada na prevenção geral negativa nos leva a um direito penal do terror; 2) a prevenção geral positiva aparece como afirmação da ideologia dominante, produzindo efeitos apenas em relação à criminalidade da classe subalterna (consenso em relação à necessidade de punição de crimes patrimoniais, drogas, etc), pois no que se refere à criminalidade simbólica (delitos econômicos, ambientais, genéticos), a função da pena não é instrumental, servindo apenas como símbolo para uma legitimação do seletivo poder punitivo do Estado; 3) a prevenção geral positiva é “representada pela criminalização de situações sociais problemáticas nas áreas da economia, da ecologia, da genética e outras, em que o Estado não parece interessado em soluções sociais reais, mas em soluções penais simbólicas”²⁶¹.

São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 53). O segundo utiliza o conceito de hegemonia, que nada mais é do que a capacidade de unificar blocos sociais não hegemônicos, marcados por profundas contradições, através da ideologia.

²⁶⁰ A quantidade de pessoas mortas, em decorrência de confrontos entre polícia e traficantes, nos morros da cidade do Rio de Janeiro, a pretexto do combate ao tráfico de entorpecentes, é muito maior do que as mortes produzidas pelos males provocados pelas substâncias proibidas. Como aqui não é o lugar desse debate, recomendamos-se os seguintes trabalhos: CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização**. Rio de Janeiro: Luan, 1997.; BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003.

²⁶¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Teoria da pena...* p. 31

CAPÍTULO III – A lei penal e a prisão como instrumentos centrais de controle social numa sociedade capitalista

Com um discurso simplificador, ocultando as ideologias por detrás de alguns argumentos, pode-se afirmar que o direito penal constitui um meio de controle social através do qual o Estado objetiva reger os comportamentos individuais na vida em comunidade, procurando que os componentes do grupo social interiorizem as normas e assumam os modelos de condutas que as mesmas encerram, mediante o procedimento de cominar e aplicar sanções a comportamentos intoleráveis para a convivência humana.²⁶²

Mas parece que as coisas não são tão simples.

Para trabalhar esse ponto, necessário se faz seguir a instrução de RUSCHE/KIRCHHEIMER: “para adotar uma abordagem mais profícua para a sociologia dos sistemas penais, é necessário despir a instituição social da pena de seu viés ideológico e de seu escopo jurídico e, por fim, trabalhá-la a partir de suas verdadeiras relações. A afinidade, mais ou menos transparente, que se supõe existir entre delito e pena impede qualquer indagação sobre o significado independente da história dos sistemas penais. Isto tudo tem que acabar.”²⁶³

Sabe-se que na Idade Média a prisão não era lugar de cumprimento de pena, mas sim de se aguardar julgamento para posterior punição. Com o advento do capitalismo, a prisão se torna o lugar de cumprimento das penas criminais. Superam-se as punições sobre o corpo do indivíduo e se passa à supressão de

²⁶² ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel. **Fundamentos de derecho penal (parte general)**. Granada: Universidad de Granada, 1990. p. 28

²⁶³ RUSCHE/KIRCHHEIMER. Punição e estrutura social... p. 19

tempo, por meio da privação da liberdade, como pena por excelência. E por que razão ocorre esse fenômeno?

A resposta a essa pergunta é a *disciplina*, o conceito fundamental da obra de FOUCAULT – definida por MELOSSI como *teoria materialista da ideologia* nas sociedades capitalistas. A disciplina é a própria (*micro*)*física do poder*, instituída para *controle e sujeição* do corpo, com o objetivo de tornar o indivíduo *dócil e útil*: uma política de coerção para domínio do corpo alheio, ensinado a fazer *o que* queremos e a operar *como* queremos. O objetivo de produzir corpos *dóceis e úteis* é obtido por uma dissociação entre corpo individual, como capacidade produtiva, e vontade pessoal, como poder do sujeito sobre a energia do corpo. O estudo do conceito de *disciplina*, como política de controle e domínio da energia produtiva individual nas sociedades modernas, é estruturado por elementos e princípios específicos. Na linguagem de FOUCAULT, os *elementos* da disciplina são os seguintes: a) a distribuição dos corpos, conforme funções predeterminadas; b) o controle da atividade individual, pela reconstrução do corpo como portador de forças dirigidas; c) a organização das gêneses, pela internalização/aprendizagem das funções; d) a composição das forças, pela articulação funcional das forças corporais em aparelhos eficientes.²⁶⁴

O cárcere é o instrumento disciplinar da sociedade capitalista, utilizado para exercer o poder de punir por meio da privação da liberdade do indivíduo que praticou o crime. O tempo, critério do valor de troca da mercadoria nas relações econômicas, representa a relação de troca entre crime e pena. Trata-se da retribuição equivalente nas relações jurídicas.²⁶⁵

Segundo FOUCAULT, a prisão funciona a) como aparelho jurídico econômico, que utiliza o tempo de liberdade retirada do indivíduo como forma de pagamento do crime; b) como aparelho que, por meio da disciplina, tem por objetivo a produção de homens dóceis e úteis. O panóptico, construção constituída de torre central (para quem vigia) e anéis periféricos (onde se encontram os vigiados), funciona de forma automática, levando em conta da seguinte lógica:

A consciência da vigilância gera a desnecessidade objetiva da vigilância, com efeitos sobre o comportamento do preso, o trabalho do operário, os movimentos de contra-poder

²⁶⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **30 anos de Vigiar e Punir**. Trabalho não publicado, 2005. p. 4

²⁶⁵ PASUKANIS. Teoria geral do direito... p. 163/164

(agitações, revoltas, etc.), (...) a redução da força política e o aumento da força útil da população controlada. (...)

A vigilância opera por dispositivos que obrigam pelo olhar, com a completa visibilidade dos submetidos. (...) A sanção pressupõe uma ordem artificial (leis, programas, etc.), com uma “micro-penalidade” visando reduzir os desvios, mediante um sistema duplo: de punição (degradação) e de recompensa (promoção).²⁶⁶

O controle da atividade do homem tem por objetivo construir um “novo corpo”. A finalidade é controlar de forma útil o tempo do indivíduo, de forma que ele seja o mais eficiente possível na produção de mercadorias.

Acontece que esse modo de punição não surge da criatividade punitiva do ser humano, mas sim da necessidade de se atender as exigências do mercado de trabalho: a prisão é o local onde se põe à disposição do capital a força de trabalho humano.

A lógica é a seguinte: nas sociedades mercantilistas do século XVII, a mão de obra especializada, necessária para a produção manufatureira, era escassa. A consequência foi uma mudança nas relações de mercado, com o aumento dos salários e nível de vida dos trabalhadores. O sistema penal se adequou a essa situação: extingue as penas corporais, institui a pena de trabalho forçado, e a prisão se torna a principal modalidade de punição.²⁶⁷

Em síntese pode-se afirmar que há uma relação entre a forma de punição e a estrutura social do capitalismo monopolista: se a força de trabalho é insuficiente, as instituições penais a preservam; se a força de trabalho é excedente, o sistema penal a destrói. Tudo isso com o objetivo de exploração do homem pelo capital.

²⁶⁶ CIRINO DOS SANTOS. Juarez. Criminologia radical... p. 54

²⁶⁷ RUSCHE/KIRCHHEIMER. Punição e estrutura social... p. 21 “A casa de correção foi o ponto alto do mercantilismo e possibilitou o incremento de um novo modo de produção. A importância econômica da casa de correção desapareceu, entretanto, com o surgimento do sistema fabril. (...) na transição para a moderna sociedade industrial, que requer o trabalho livre como condição necessária para o emprego da força de trabalho, o papel do condenado foi reduzido ao mínimo.”

Talvez por isso BARATTA afirmava que as duas grandes instituições que garantem a desigualdade social são, de um lado o direito do trabalho e, de outro, o direito penal. O primeiro para regulamentar juridicamente a exploração capitalista. O segundo para realizar o controle daqueles que não admitem, ou são excluídos dessa relação de exploração. Daí a necessidade de as prisões oferecerem condições piores do que as da mais baixa classe social. O sistema penal garante uma quantidade razoável de “soldados de reserva”, cujo objetivo é o de adentrar a esse sistema de exploração.

Com a estruturação do capitalismo, altera-se a forma de criminalidade: diminui a criminalidade violenta (de sangue) e aumenta a criminalidade patrimonial. A definição da criminalidade se dá pela posição social do autor da conduta. Os que compõem a delinquência patrimonial (proletariado) são julgados por tribunais comuns e condenados a penas rigorosas. A burguesia, com suas condutas lesivas legitimadas pelo direito, quando cai nas teias do sistema penal, possui alguns benefícios.^{268 269}

Pode-se, no entanto, apontar uma objeção aos argumentos aqui expostos: atualmente o direito penal também criminaliza condutas praticadas por pessoas das classes hegemônicas (crimes financeiros, tributários, ambientais, etc.).

Ocorre que, como já dito, esse direito penal é simbólico. Serve unicamente para oferecer uma resposta artificial à população para problemas sociais para os quais o Estado não apresenta solução efetiva. Com essa criminalização das elites

²⁶⁸ Pense-se, hoje, na possibilidade de, antes da sentença, poder o empresário restituir o tributo não recolhido para o Estado para não se ver condenado. Levando em consideração o bem jurídico tutelado (patrimônio público, merecedor de mais proteção jurídica, versus patrimônio privado), ao mesmo tempo, pensemos na situação de uma pessoa que furtou uma bicicleta e, antes da sentença condenatória, restituiu o objeto. No máximo, teremos uma redução de pena.

²⁶⁹ Isso resume a expressão “gestão diferencial da criminalidade” utilizada por Foucault.

alcança-se algo positivo: o direito penal apresenta-se como um instrumento igualitário de defesa social em relação a condutas lesivas ao interesse público. E essa aparência de igualdade é suficiente para legitimar a atuação seletiva do sistema penal.

Enfim, conclui-se que as práticas penais estão sempre inseridas num contexto político: a lei penal se resume a um instrumento de classe, que é feita para incidir sobre uma outra classe social menos favorecida, e o sistema penal (polícia, Ministério Público, magistratura e prisão) funciona como instrumento para a dominação de classes (FOUCAULT).

Para reduzir a atuação desse direito penal de classes, para se aplicar o princípio da igualdade material, é que precisamos desenvolver uma dogmática penal que crie obstáculos à legitimação de um direito penal desigual. Por isso propomos, aqui, uma nova forma para se trabalhar o elemento culpabilidade na teoria do fato punível.

CAPÍTULO IV – Uma proposta para a implementação do discurso criminológico crítico na dogmática penal: uma nova forma de pensar a culpabilidade

Para desenvolvermos esse ponto do trabalho temos que, primeiro, pensar na função da dogmática penal, num contexto político, e não meramente jurídico, como o fazem a maior parte da doutrina. Segundo, pensar em como, dentro da dogmática penal, trabalhar os elementos do fato punível, de forma a reduzir a possibilidade de determinada conduta poder ser declarada como crime. Por fim, analisaremos, especificamente, a culpabilidade, propondo uma forma de se aplicar materialmente o princípio constitucional da igualdade na teoria jurídica do crime.

Em um famoso artigo (Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?), GIMBERNAT ORDEIG discorre sobre a função e o futuro do direito penal. Conclui o autor:

... la existencia del Derecho penal es imprescindible y no depende para nada de la posibilidad de demostrar la libre decisión humana en el caso concreto, porque toda idea jurídica progresiva necesita una formulación legal que será tanto más perfecta y eficaz cuanto más alto sea el nivel científico-jurídico, porque una ciencia desarrollada del Derecho penal es la que hace posible controlar los tipos penales, porque la pena es un medio necesario y terrible de política social, porque tenemos que vivir con el Derecho penal, por todo ello: La dogmática jurídicopenal tiene un futuro.²⁷⁰

A dogmática penal apenas pode ser vista de duas maneiras, excludentes entre si: ou como um conjunto de argumentos técnicos que servem para legitimar a intervenção do Estado na liberdade individual, servindo de instrumento para a política penal (e não política criminal racional, que passa por princípios limitadores do poder estatal); ou como um conjunto de garantias para limitar o poder de intervenção do Estado na liberdade das pessoas.

Concebida da primeira forma, apenas temos que criar algumas figuras de linguagem, dotadas de certa lógica jurídica (e não política), para legitimar o poder penal (teoria dos fins da pena). Falamos, por exemplo, na dogmática penal construída por JAKOBS e seus discípulos (alemães e espanhóis), assim como em parte superada (embora ainda presente nas faculdades de direito brasileiras) da doutrina nacional (MIRABETTE, DAMÁSIO).

Uma dogmática com objetivo de reduzir a possibilidade de incidência do direito penal deve ser construída direcionada a fins. Aí encontramos os funcionalismos penais de ROXIN, HASSEMER, SCHÜNEMANN, que, ainda

²⁷⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?** In *Estudios de derecho penal*. 2. ed., Madrid: Civitas, 1981. p. 161

acreditando na missão do direito penal de reduzir a criminalidade, produzem suas teorias sempre direcionadas à proteção de bens jurídicos.

Na América Latina, encontramos o que se poderia denominar de funcionalismo redutor. Eugenio Raul ZAFFARONI, Juarez CIRINO DOS SANTOS, Juarez TAVARES, ao não reconhecerem qualquer finalidade positiva à pena (como crêem os alemães), propõem um direito penal voltado à proteção do indivíduo que praticou a conduta ilícita, preocupam-se com a garantia dos princípios penais e processuais ao selecionado pelo sistema de justiça criminal. Em suas propostas teóricas, tendo como suporte teórico a criminologia crítica, deixam de lado o direito penal construído sobre as estruturas lógico-reais (ou lógico-objetivas), e criam um direito penal para ser aplicado num Estado Democrático de Direito, repudiando quaisquer argumentos retóricos legitimadores de um sistema penal seletivo.²⁷¹

Dessa forma, como os professores acima citados, vemos a dogmática penal como instrumento de garantias individuais, e não como método de racionalização de um poder irracional.

E é nesse contexto que se propõe uma nova forma de trabalhar com o conceito de culpabilidade.

O conceito de culpabilidade está em crise insuperável. A disparidade teórica a seu respeito revela que o discurso penal, quanto mais se aproxima das

²⁷¹ Como exemplo do que foi dito pode-se falar na incorporação da teoria da imputação objetiva por parte de Juarez CIRINO DOS SANTOS e Juarez TAVARES, assim como o desenvolvimento dos conceitos de tipicidade conglobante, co-culpabilidade e culpabilidade pela vulnerabilidade, por ZAFFARONI.

funções da pena, mais se dissolve em opiniões heterogêneas e incompatíveis (da mesma forma como os discursos sobre os fins da pena).²⁷²

A evolução do conceito de culpabilidade parte do conceito psicológico (século XIX), segue para o psicológico-normativo (início do século XX), continua, até a década de setenta, com um conceito seguindo a teoria normativa pura (século XX) e, para demonstrar a crise em que está inserido esse conceito, a partir da década de setenta aparecem diversas formulações científicas para tentar resolver o problema (ROXIN e o conceito de responsabilidade normativa, JAKOBS e a teoria da culpabilidade como defeito de motivação jurídica, FIGUEIREDO DIAS e a responsabilidade pela formação da personalidade, etc.).

Em tempos remotos, quando, ao se estruturar o tipo penal, utilizava-se separar todos elementos objetivos de um lado, e todos os elementos subjetivos de outro, o conjunto desses últimos elementos (subjetivos) denominava-se culpabilidade.

Entendia-se por culpabilidade o vínculo psicológico que o autor de uma conduta que preenchia o lado objetivo do tipo penal possui com sua ação. É a denominada teoria psicológica da culpabilidade.

Com a concepção normativa da culpabilidade, entende-se como tal a reprovabilidade de um injusto praticado por determinada pessoa imputável, porque agiu de forma contrária ao comando normativo, quando, em dada circunstância, lhe era exigível que agisse de acordo com a norma (WELZEL).

²⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva**. In *Direito Criminal*, vol. 4, Coordenador: José Henrique Pierangeli. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 13

Assim, se um agente de razoável posição social furta um veículo de determinada loja, sem que ninguém exerça coação moral sobre o mesmo, e sem estar em situação de inimputabilidade, diz-se que o sujeito podia agir de acordo com o comando legal, e que lhe era exigível agir conforme a norma porque não havia qualquer anormalidade na situação, ninguém o obrigava a realizar tal conduta. Por isso é que se lhe reprova o injusto, conclui-se que sua conduta é reprovável, culpável.

O conceito acima dado possui como fundamento a liberdade de agir daquele que cometeu o injusto, o que será analisado neste trabalho mais à frente.

Trata-se de um conceito normativo, que se baseia em que o agente podia ter uma conduta diversa daquela que cometeu, e que, em dada circunstância, lhe era exigível que agisse de outra forma.

Segundo JESCHECK, “la culpabilidad es el fundamento para poder responsabilizar personalmente al autor por la acción típica y antijurídica que ha cometido mediante una pena estatal. Es al mismo tiempo un requisito de la punibilidad y un criterio para la determinación de la pena.”²⁷³ Juarez TAVARES, por sua vez, afirma que

culpabilidade significa, basicamente, reprovação. Esta reprovação não se confunde, porém, com a retribuição ou censura moral. Seu significado se assenta em que, havendo o agente cometido ação contrária aos interesses de proteção da norma, formalizados a través das proibições ou determinações concretas, embora tivesse a capacidade e pudesse concretamente agir de outra maneira, está sujeito a uma sanção penal. A reprovação funciona, assim, como justificação da pena, expresada em juízo valorativo incidente sobre o autor, com base em sua conduta injusta.²⁷⁴

²⁷³ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria**. Artigo encontrado em <http://criminnet.ugr.es/recpc> consultado em 08 de outubro de 2003.

²⁷⁴ TAVARES, Juarez. **Direito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985. p. 169

Esses conceitos decorrem da elaboração de FRANK, em que a culpabilidade consistia em reprovação. Afirma o autor: “en la búsqueda de una expresión breve que contenga todos los mencionados componentes del concepto de culpabilidad, no encuentro otra que la reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Esta expresión no es linda, pero no conozco otra mejor”.²⁷⁵

Hoje se fala numa renormativização do conceito de culpabilidade. A crise do conceito descança sobre a impossibilidade de comprovação de seu fundamento: o livre-arbítrio.

ROXIN propõe um conceito mais amplo do que o de culpabilidade: o de responsabilidade penal. Atrela o conceito de culpabilidade a fins político-criminais: “la pena debe determinarse según el grado de culpabilidad, es porque de este modo se consigue la finalidad social de restablecer la paz jurídica perturbada y de fortalecer la confianza jurídica de la comunidad imponiendo al autor del delito una sanción que ha merecido, es decir, una sanción que corresponda a la gravedad de su delito”.²⁷⁶ Nega a possibilidade de se fundamentar a pena criminal apenas na culpabilidade. Além dela, mister é a existencia de necessidade de pena. Dessa forma, fundamento da pena é a sua necessidade, e não a culpabilidade. Essa apenas serve como limite para que a necessidade preventiva da pena não ultrapasse a medida da culpabilidade do delito.

Para esse autor, o fundamento material da culpabilidade reside na capacidade do indivíduo de atender ao comando da norma. A expressão utilizada por ROXIN (ansprechbarkeit) foi traducida por CIRINO DOS SANTOS como

²⁷⁵ FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 39

²⁷⁶ ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Madrid: Editorial Réus, 1981. p. 96/97

“dirigibilidade normativa”, ou seja, culpable é o sujeito que, chamado pela norma, tem capacidade de se dirigir de acordo com seu comando.

Enfim, por mais que o professor de Munich se esforce por alcançar um conceito melhor de culpabilidade, encontra a seguinte dificuldade: se a pena não pode ser fundamentada na culpabilidade, e esta não pode ter por fundamento o livre-arbítrio (que é um elemento graduável: mayor liberdade individual, mayor pena , e vice-versa), consecuentemente a culpabilidade não pode servir como limitador da pena, pois um elemento normativo (não graduável) não pode limitar (graduar) a pena.

De outro lado, JAKOBS desenvolve um conceito funcional de culpabilidade.

Afirma que a culpabilidade serve apenas para se assegurar a orden social.

... si nos limitamos al aseguramiento del orden social, en la culpabilidad ya no se trata de si el autor tiene realmente, y no sólo desde una determinación normativa, una alternativa de comportamiento realizable individualmente, sino de si hay, para la imputación al autor, una alternativa de organización que sea preferible en general. Si falta una alternativa de organización, se le asigna al autor una alternativa de comportamiento y se le reprocha que no la haya utilizado.²⁷⁷

Em outras palavras, se não há necessidade de punição, normativamente, diz-se que não era exigível um comportamento diverso, por tanto, o sujeito não é culpável. Do contrário, se houver necessidade preventiva de pena, imputa-se a culpabilidade ao autor. A culpabilidade não passa de uma imputação ao autor de acordo com a necessidade ou não de pena. É a máxima instrumentalização do ser humano.

²⁷⁷ JAKOBS, Günther. Derecho Penal... p. 585

Criticando toda essa construção em torno da culpabilidade, HASSEMER manifesta-se no sentido de que o conceito de culpabilidade está sendo bombardeado.

Tras mucho tiempo sin ser cuestionado como justificación de la pena, como indicador de su medición y como criterio de imputación y exculpación, se le considera hoy como sospechoso de mala metafísica, como signo de un derecho penal autoritario, que desvía la corresponsabilidad de la sociedad en el delito hacia el individuo en quien se manifiesta la maldad general, y como obstáculo en el camino hacia un derecho penal humanitario que no ate al autor de un delito con su culpabilidad, sino que le señale soluciones.²⁷⁸

E é nesse sentido que caminamos.

Toda essa introdução para contextualizar o problema: será necessário o livre-arbítrio para fundamentar a culpabilidade? A culpabilidade tem que ser, necessariamente entendida como reprovação? É conveniente a formulação de conceitos de culpabilidade a partir dos discursos legitimadores do sistema penal (teoria dos fins da pena)?

É respondendo a essas questões que preparamos terreno para expor nosso ponto de vista.

Primeiro, o livre-arbítrio, fundamento da culpabilidade, jamais será demonstrado empiricamente, seja pela filosofia (que majoritariamente defende a sua existência), seja pela psicologia (em que há enorme debate sobre o tema). Então, parece tranquilo o entendimento de que um conceito jurídico não pode se acentar em algo que não se comprova. É dizer, o conceito de culpabilidade, na forma elaborada por WELZEL (teoria do poder agir de outro modo) não pode prosperar.

²⁷⁸ HASSEMER, Winfried. **Alternativas al principio de culpabilidad?** In Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em el derecho penal. Valencia: Tirant lo blanch, 1999. p. 99

Da mesma maneira, qualquer tentativa de fundamentar a culpabilidade na necessidade de aplicação de pena deve ser refutada pois, com mais razão do que não se aceitar um conceito jurídico com fundamento metafísico, deve-se rejeitar um conceito construído sobre uma premissa, não duvidosa como o livre-arbítrio, mas sim falsa, como demonstrado ao discorrermos sobre o discurso criminológico sobre os fins da pena.

E para responder à questão de se a culpabilidade deve ser entendida como reprovação, temos que estender a pergunta e cuestionar: reprovação de quê? De uma conduta que viola quais valores? O da classe dominante, que impõe as normas penais (tutela da propriedade privada)? Ou do grupo ao qual faz parte a pessoa que praticou o tipo de injusto?

Em *Criminología Crítica e Crítica do Directo Penal*, BARATTA, ao discorrer sobre a teoria das subculturas criminais, demonstra que, diante dessa realidade (a de que existe uma sociedade plural, com grupos diferenciados, cada qual com seus valores), o princípio de culpabilidade sucumbe.

Contudo, interessa sublinhar o núcleo teórico contido nessas teorias, que se opõe ao princípio da ideologia da defesa social acima denominado princípio da culpabilidade. Sob este ponto de vista, a teoria das subculturas criminais nega que o delito possa ser considerado como expressão de uma atitude contrária aos valores e às normas sociais gerais, e afirma que existem valores e normas específicos dos diversos grupos sociais (subculturas).²⁷⁹

Diante desses argumentos parece que o conceito de culpabilidade, como até agora foi concebido pela doutrina, desde FRANK, passando por WELZEL, e terminando em ROXIN e JAKOBS, não foi suficiente para explicar de forma adequada o que seria efetivamente esse elemento do crime.

²⁷⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica...* p. 73

E também não é nosso objetivo fazê-lo. Nesse rudimentar raciocínio que segue, pretendemos propor que não deve interessar à dogmática penal um conceito, um fundamento de culpabilidade, mas apenas oferecer um norte para o magistrado no momento de aplicar a pena.

A pesar de todas as críticas à pena, a sua existência é um fato. E aí a importância da dogmática: reduzir os malefícios desse instrumento de controle social, que é a pena. E como fazer isso?

Como suporte teórico, adotamos a idéia desenvolvida por ZAFFARONI, de se trabalhar com um conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade. Esse trabalho intelectual foi desenvolvido de forma mais completa em “Em busca das penas perdidas”, de 1989²⁸⁰, e, de forma sintetizada, em “Derecho Penal: parte general”, de 2000²⁸¹.

Parte o autor da idéia de que o poder seletivo exercido pelas agências de controle não é legítimo. E, em decorrência disso, a responsabilidade pelo processo de criminalização não é mais do processado, mas sim da agência.

A deslegitimação do exercício de poder seletivo e arbitrário do sistema penal “passa” a responsabilidade do processo à agência judicial. O processado já não é mais “o” responsável, pois não tem por que responder legitimamente (já que o submete a um poder deslegitimado). (...) Um resultado é “imputável” quando reconhece a livre decisão de alguém como causa e, neste sentido, é óbvio que a agência não lhe pode imputar um processo que geralmente já estava em curso (...).²⁸²

Se um injusto foi praticado, o sistema penal nada cobra por ele, pois a pena não resolve o conflito (mais que isso, retira a vítima do conflito) e, consequência lógica, não está legitimada. Se existe uma definição de culpa, essa não pode ser

²⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 264/281

²⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAJIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: parte general.** 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 682/683

²⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas... p. 264/265

avaliada pelo sistema penal, pois ele não é o real titular do bem afetado. Assim, não é a culpabilidade pelo injusto que é apurada pela agência judicial. O que se quer, é que “se encontre um criterio racional, que não resulte eticamente desqualificado, a partir do qual possa orientar suas decisões.”²⁸³

Já que a agência penal não consegue alcançar a sua meta (a abolição do sistema penal), o que deve fazer é reduzir sua violência seletiva e arbitrária. Acredita o autor que uma pessoa está vulnerável quando o sistema penal a seleciona, e “é o grau de vulnerabilidade ao sistema penal que decide, e não o cometimento do injusto, porque há muitíssimos mais injustos penais iguais e piores que deixam o sistema penal indiferente.”²⁸⁴

Segue o raciocínio. Quanto menor o poder da agência em limitar seu poder penal, maior será a sua responsabilidade, e vice-versa. A quantidade de esforço realizado por uma pessoa para se colocar em situação de vulnerabilidade se relaciona diretamente à intensidade da ilusão que realizam os aparatos de propaganda do sistema penal.

O nível de vulnerabilidade da pessoa é mensurado pela probabilidade do risco de seleção do indivíduo, o que é diretamente proporcional à situação de vulnerabilidade em que ele se colocou.

Em regra, a situação de vulnerabilidade da pessoa é condicionada pelo nível social ao qual pertence. O simples fato de pertencer a uma determinada classe social, grupo, minoria, ou por se encaixar em certos estereótipos, determina

²⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas... p. 268

²⁸⁴ Idem.

a sua maior ou menor vulnerabilidade, maior ou menor condição de ser selecionado pelo sistema penal.

A prática do injusto é apenas parte do esforço pessoal para a vulnerabilidade, não sendo decisivo. Pense-se em prisões para averiguação que, embora não contemplada no ordenamento jurídico, podemos chamá-la de pena. Aquí, o esforço pessoal para a vulnerabilidade em nada depende da prática do injusto: basta pertencer a alguma raça, ter certa cor de pele, morar em determinada região da cidade, pertencer a alguma minoria, etc. Enfim, existem inúmeras situações em que vemos pena sem delito.

Mas esse critério da culpabilidade pela vulnerabilidade possui maior função prática quando falamos em pena aplicada pelo Poder Judiciário. Tal função consiste em oferecer um norte ao magistrado, no momento da aplicação da pena: intensidade de pena e vulnerabilidade do réu devem ser inversamente proporcionais. Quanto maior a vulnerabilidade do indivíduo, menor a pena a ele aplicada, e quanto menor sua vulnerabilidade, maior a intensidade da pena.

Comenta ZAFFARONI que os mais conhecidos casos de esforço para se alcançar situação de vulnerabilidade foram realizados por alguns delinqüentes do poder (genocidas, delinqüentes econômicos, etc.), quando são derrotados quando entram em luta hegemônica contra outro poder maior. Vai um pouco além o autor: assevera que essas pessoas prestam um enorme auxílio à publicidade do sistema penal, pois reforçam a falsa sensação de igualdade perante o poder.

E as coincidências com a teoria de ZAFFARONI param por aqui. Pensamos que a culpabilidade possui apenas a função de elemento graduador da pena criminal. Não se pode admitir que esse elemento do crime, necessário para a

aplicação de um direito penal num Estado Democrático de Direito, sirva de fundamento para algo que é ilegítimo: a pena²⁸⁵.

No entanto, há de se encontrar um fundamento material para a culpabilidade. Quando se fala nesse elemento do crime, responde-se à questão (independente de ser ou não legítima a pena): por que se pune alguém? E a resposta nos oferece a própria teoria do crime: o sujeito é punido porque praticou um tipo de injusto (que responde à questão: o que se pune?) numa situação em que a) era imputável; b) conhecia que o que faz é injusto e; c) lhe era exigível uma conduta conforme o direito. Note-se que, em síntese, o fundamento de todos os elementos da culpabilidade é a exigibilidade de conduta conforme o direito.²⁸⁶

Então, temos que encontrar a razão de, em certas situações o Estado poder exigir uma conduta conforme o direito e, em outras, não. Note-se que todo esse raciocínio está sendo realizado partindo da simples existência fática do direito penal, e não de sua legitimidade.

A resposta mais difundida à questão acima colocada é a de que se pune o indivíduo porque ele podia agir de outra maneira. Assim, consequência lógica desse raciocínio é a aceitação da existência do livre arbitrio.²⁸⁷

²⁸⁵ Conforme proposição tão conhecida de Tobias Barreto no sentido de que o fundamento da pena criminal é o mesmo do da guerra.

²⁸⁶ Afinal, a) não se pune o imputável porque, no momento da ação, não era capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar de acordo com o entendimento. Nessas situações, não pode o direito exigir dessa pessoa uma conduta conforme a norma e; 2) não se pune aquele que erra sobre a ilicitude do fato porque, pressuposto para que o indivíduo atue de acordo ou contra o direito, é que ele conheça aquilo que está dentro ou fora da norma. Se não conhece o lícito e o ilícito, não pode o direito exigir que opte pela conduta conforme a norma. Enfim, tudo isso para demonstrar que é a idéia de exigibilidade de conduta conforme o direito é que fundamenta as excludentes de culpabilidade.

²⁸⁷ Sobre o livre arbitrio para o direito penal, fundamental a leitura de WELZEL, Hans. **Reflexiones sobre el libre albedrío**. In WELZEL, Hans. *Estudios de filosofia del derecho y derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 31/45

Ocorre que não podemos aceitar como fundamento de um elemento do crime, algo que é de impossível comprovação empírica²⁸⁸. Por isso a necessidade de se encontrar um outro fundamento.

Para compor, então, a nossa forma de entender a culpabilidade, faz-se necesario utilizar elementos da teoria da “dirigibilidade normativa” (ansprechbarkeit) de ROXIN, como fundamento da culpabilidade, e elementos da teoria da culpabilidade pela vulnerabilidade para, na graduação da pena, o magistrado poder aplicar o princípio material da igualdade entre as pessoas.

Primeiro, o fundamento da culpabilidade. Afirma ROXIN que esse elemento do crime serve, não como fundamento, mas apenas para limitar uma pena aplicada com fins político-criminais, ou seja, a necessidade de prevenção não pode impor uma pena superior à culpabilidade. Assim, se por razões de política criminal for necessária uma de dez anos, mas a culpabilidade do indivíduo corresponder a cinco anos, a pena deve ser fixada neste último marco, pois a culpabilidade é o limite da prevenção²⁸⁹.

Até aquí parece interessante a teoria. Ocorre que, quando verificamos o que ROXIN comenta sobre o tema, nos deparamos com um inconveniente.

Primeiro, o que diz o autor:

Pues ciertamente la culpabilidad presupone en el fuero interno la libertad de comportarse de una u otra forma. Pero cuando la afirmación de la culpabilidad humana sirve solamente para trazar una frontera a una intervención estatal necesaria desde fundamentos preventivos, la legimidad de su reconocimiento como uno de los medios de la salvaguarda de la libertad ciudadana **no depende de su demostrabilidad empírica o epistemológica. Su aceptación es una imposición normativa, una regla de juego social, que no responde a la pregunta de cómo está configurado en su esencia la libertad humana, sino que solamente dispone que el hombre debe ser tratado pelo Estado como libre en principio y capaz de responsabilidad. La pregunta relativa a la**

²⁸⁸ O mesmo raciocínio pode ser realizado em relação aos deterministas. Da mesma forma que o livre arbítrio não é comprovável empiricamente, a existência total de determinações biológicas também não o é.

²⁸⁹ ROXIN, Claus. Derecho Penal... p. 101

existencia real de la libertad de voluntad puede y debe ser excluida debido a su imposibilidad de decisión objetiva.²⁹⁰

Concordamos com o autor nos seguintes aspectos: 1) a pergunta sobre a essência real da liberdade de vontade deve ser excluídas das discussões por sua indemonstrabilidade empírica; 2) as pessoas devem ser tratadas como livres e, o mais importante; 3) a aceitação da culpabilidade é uma *imposição normativa*, independente da comprovação ou não do livre arbítrio.

Por enquanto estamos em consenso. Ocorre que, quando afirma o autor que a culpabilidade é limite para a prevenção, está automaticamente admitindo que ela é mensurável. Parece que aqui está o problema. Ora, se a culpabilidade é um dado normativo, uma imposição jurídica, como graduá-la? Se o livre arbítrio, que é graduável conforme a maior ou menor liberdade do indivíduo, não pode servir de fundamento, também não pode servir para graduar, limitando a sanção penal.

Daí a nossa proposta. O fundamento da culpabilidade deve ser o ordenamento jurídico (culpabilidade como um dado normativo): os sujeitos são culpáveis porque o Estado assim o quer. Não se exclui a culpabilidade do indivíduo porque ele tinha sua capacidade de escolha reduzida, mas sim por uma imposição normativa, independente de qualquer fundamento empírico. No entanto, essa mesma culpabilidade não pode servir como limitador da sanção, como quer ROXIN, simplesmente por se tratar de um dado normativo, não passível de graduação. Logo, como complemento da teoria do professor alemão, a necessária complementação, de fundamentação criminológica, de ZAFFARONI. A pena deve

²⁹⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal... p. 101

ser graduada de acordo com a vulnerabilidade do indivíduo. Se detectado que, por força normativa, o sujeito é culpable, passa-se à análise da quantidade de pena a ser aplicada. E o critério é o seguinte: quanto maior a vulnerabilidade frente ao sistema penal, menor a pena; quanto menor a vulnerabilidade do sujeito, maior a sanção.

Resumindo: a) a culpabilidade é um ente normativo, por tanto não mensurável; b) este elemento, por si só, pelo fato de não ser mensurável, é insuficiente para o direito penal; c) como complementação dessa forma de ver a culpabilidade, é necessário se trabalhar com o conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade para limitar o poder estatal, aplicando-se o princípio material da igualdade.

Além disso, ao se trabalhar com o conceito de culpabilidade pela vulnerabilidade, está a se desmistificar o discurso jurídico da igualdade entre as pessoas. ZAFFARONI põe essa “propaganda enganosa” do sistema penal às claras.

Quando se admite que a pena deve ser adequada à vulnerabilidade do indivíduo frente ao sistema penal, reconhece-se que as pessoas não são iguais e, por isso, devem ser tratadas de forma diferente. MARX, em sua crítica ao programa de Gotha, afirma peremptoriamente que as pessoas são diferentes, possuem necessidades diferentes e devem ser tratadas de forma diferente. Para o autor, direito justo é o direito desigual, pois trata as pessoas de forma diferente, na medida de suas desigualdades.²⁹¹

291

E agora se coloca a questão: qual o fundamento legal para o magistrado lançar mão desse expediente? Propomos duas soluções. Se a culpabilidade pela vulnerabilidade for utilizada para aumentar a pena, nada impede que o juiz faça uso do artigo 59, do Código Penal. Caso seja utilizada para a redução da sanção, deve ser utilizado o artigo 66, do Código Penal, tratando a situação de vulnerabilidade como atenuante inominada.

CAPÍTULO V – Abolicionismo e minimalismo penal

Sob esse título será analisada a síntese do trabalho de autores que, ao reconhecerem a total irracionalidade do sistema de justiça criminal, propõem uma nova forma de se resolver os conflitos de forma diversa que pela via penal, pois essa demonstrou muito mais conseqüências negativas do que positivas. Impõe-se a imediata substituição do modelo penal por outros meios de solução dos conflitos.

Louk HULSMAN, principal representante da linha abolicionista propõe a supressão do sistema penal e sua substituição por outros meios de resolução de conflitos. Isso não significa que deixa de reconhecer o Estado como possuidor do direito de impor coerção legitimamente. Afirma o autor:

Falei algumas vezes em abolir a pena. Quero me referir à pena tal qual é concebida e aplicada pelo sistema penal, ou seja, por uma organização estatal investida do poder de produzir um mal sem que sejam ouvidas as pessoas interessadas. Questionar o direito de punir dado ao Estado não significa necessariamente rejeitar qualquer medida coercitiva, nem tampouco suprimir totalmente a noção de responsabilidade pessoal.²⁹²

²⁹² HULSMAN, Louk. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói: Editora Luan, 1993. p. 86

Agora serão apresentados alguns argumentos que se insurgem contra a própria existência do direito penal. Os principais autores, que nos trazem esses argumentos são: Louk HULSMANN²⁹³, Alessandro BARATTA²⁹⁴, Juarez CIRINO DOS SANTOS²⁹⁵ e Raúl Eugenio ZAFFARONI²⁹⁶.

Esses autores negam a legitimidade do Estado em exercer o poder punitivo, resumidamente, pelo descompasso entre o discurso oficial e a prática nefasta do sistema penal, e pelo fato de o sistema repressivo do Estado gerar mais problemas do que os resolver, sendo um fator de aumento da criminalidade, e não de sua redução, apresentando-se altamente seletivo ao escolher sua clientela e causando sofrimentos desnecessários.

As principais críticas são as seguintes:

1) o crime não é uma realidade pré-existente ao direito, e sim criado pelo próprio Estado. Com isso quer-se afirmar que parte da criminalidade decorre da própria vontade do Estado, ao estabelecer determinada conduta como criminosa. Leis penais são criadas ao esmo, sem qualquer estudo prévio de política criminal para apontar a necessidade ou não de se tutelar determinado bem jurídico pelo direito penal ou por outro ramo do direito. Percebe-se, atualmente, a tutela de falsos bens jurídicos coletivos, por exemplo. Daí se afirmar que criminosa não é uma

²⁹³ HULSMAN, Louk, BERNAT DE CELIS, Jaqueline. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Tradução Maria Lúcia Karam. Niterói: Editora Luan, 1993.

²⁹⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do direito penal: uma introdução à sociologia do direito penal*. 3.ed., Rio de Janeiro: Revan: 2002.

²⁹⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

²⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Ainda, ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

qualidade inerente ao comportamento, e sim uma qualidade a ele atribuída normativamente.

2) partindo-se desta idéia, de que a conduta criminosa depende da criação dela por parte do Estado, realizando um raciocínio inverso, detecta-se que uma conduta que hoje é considerada um mal à sociedade, amanhã pode não ser. E com isso fragiliza-se o argumento de ressocialização da prevenção especial positiva. A pessoa que hoje comete uma conduta proibida pelo direito penal deve ser ressocializada, e para isso deverá ficar certo tempo detido para se alcançar esse objetivo. Acontece que se amanhã o Estado resolve retirar a proibição de tal conduta, chega-se à conclusão de que o agente não necessita mais dessa ressocialização. *Veja-se que o conceito de pessoa socializada ou dessocializada varia de acordo com o direito penal (normativamente), e não ontologicamente. A necessidade de tratamento da pessoa dessocializada varia de acordo com a lei, e não de acordo com a pessoa.*

3) Argúi-se que é enorme a diferença entre o número de delitos efetivamente praticados e o número de crimes submetidos ao sistema de justiça criminal. Isso representa (não isoladamente, mas somado a outros argumentos) a desnecessidade da atuação do sistema, já que a maioria dos casos passíveis de serem submetidos à justiça penal não o são. Sobre esse tema manifestou-se Louk HULSMAN: “... Como achar normal um sistema que só intervém na vida social de maneira tão marginal, estatisticamente tão desprezível? *Todos os princípios ou valores sobre os quais o sistema se apóia (a igualdade dos cidadãos, a segurança, o direito à justiça, etc...) são radicalmente deturpados, na medida em*

*que só se aplicam àquele número ínfimo de situações que são os casos registrados.*²⁹⁷ (o destaque não consta no original)

4) Embora a norma penal pretenda dissuadir comportamentos ilícitos, de certa forma acaba estimulando a prática dos mesmos. Vejamos o porquê: quando o indivíduo que pretende praticar um crime se dá conta de que a atuação do sistema penal recai sobre a excepcionalidade dos casos, e que sua atuação é extremamente seletiva, e que essa seleção se faz por meio dos estereótipos das pessoas que caem nas malhas das agências repressivas, em vez de ser inibido a praticar o delito, apenas desenvolve uma melhor forma de praticar tal conduta (emprega tecnologia em sua atividade). É dizer, sabedor de que o sistema penal procura pessoas com determinadas características (o pobre, o negro, o vagabundo, o bêbado...), o agente se “transforma” em uma pessoa que não faz parte desse grupo procurado pelo sistema penal: em vez de andar mal vestido (de bermuda e chinelo), como é a característica das pessoas de seu grupo social, que são o público alvo da repressão estatal, vai praticar um crime patrimonial qualquer “disfarçado” de componente do grupo social não procurado pelo sistema de justiça criminal (em vez de ir praticar um crime patrimonial, apresentando os estereótipos dos componentes de seu grupo social, veste um terno e uma gravata, e se apresenta como membro do grupo social que não pratica esse tipo de crime).

Por isso poder se afirmar que a atuação do sistema de justiça criminal não intimida, mas apenas estimula a prática de novos crimes (não como o faziam a

²⁹⁷ HULSMAN, Louk, BERNAT DE CELIS, Jaqueline. **Penas perdidas: o sistema penal em questão.** Tradução Maria Lúcia Karam. Niterói: Editora Luan, 1993. p. 66

criminalidade clássica, mas agora com o emprego de tecnologia em suas atividades).

Para concluir, deve-se destacar que a proposta de abolição do sistema penal não pode ser rotulada como uma proposta anarquista. Este rótulo, evidentemente é apontado por teóricos que desenvolvem suas teorias em torno da “propaganda enganosa” realizada pelo sistema penal. Contra isso, se insurge MEROLLI:

Ora, não há nada mais cômodo e conveniente para o poder do que achincalhar qualquer proposta séria que levante suspeitas sobre o real e verdadeiro modo de funcionamento do sistema penal. A evidência que uma teoria tão ácida e visceral e, por conta disso mesmo, tão lesiva aos interesses dos que operam o sistema penal – e, sobretudo, dos que podem continuar a viver e consumir em virtude de seu letal modo de agir – não pode deixar de ocupar permanentemente o banco dos réus. Estampa-se a necessidade de se repudiar qualquer esforço teórico que procure desvelar o “não-dito” do sistema penal; qualquer atitude teórica que coloque em cheque a existência mesma do sistema penal está fadada a ganhar inescrupulosamente a rotulação de “anarquista”, “nihilista” e “estéril”.²⁹⁸

Só nos resta, então, enaltecer esse tipo de manifestação. Passemos à conclusão do trabalho.

CONCLUSÃO

De acordo com o que foi apresentado, desde a teoria retributiva de Kant e Hegel até a teoria funcional sistêmica de Niklas Luhmann, nenhuma dessas proposições demonstra a verdadeira função do direito de punir.

Tais teorias possuem o objetivo de legitimar a atuação do sistema penal, o que, por si só, demonstra o verdadeiro caráter político do sistema de justiça criminal.

²⁹⁸ MEROLLI, Guilherme. Por uma refundação principiológica... p. 75

Assim, podemos iniciar a conclusão deste pequeno trabalho. O sistema de justiça criminal caracteriza-se, nos dizeres de Vera Regina Pereira ANDRADE, por uma “eficácia instrumental invertida, à qual uma eficácia simbólica confere sustentação”.²⁹⁹ Isso significa que enquanto as funções declaradas do sistema penal apresentam uma eficácia meramente simbólica, simplesmente por não poderem ser cumpridas, ele (controle penal) cumpre suas funções reais (não declaradas), inversas às socialmente úteis (prevenção geral e especial) declaradas em seu discurso oficial, funções essas que incidem de forma negativa sobre os indivíduos e a sociedade, contribuindo para reproduzir as relações desiguais de propriedade e de poder (BARATTA).

Ainda no mesmo texto, salienta ANDRADE: “... é precisamente o funcionamento ideológico do sistema – a circulação da ideologia penal dominante entre os operadores do sistema e no senso comum ou opinião pública – que perpetua a ‘ilusão de segurança’ por ele fornecida, justificando socialmente a importância de sua existência e ocultando suas reais e invertidas funções.”³⁰⁰

Em relação à prevenção geral negativa, empiricamente é impossível constatar a capacidade de intimidação da pena, seja em abstrato, seja sua aplicação em concreto. Mais que isso, pode-se afirmar que a pena não alcança a finalidade preventiva proposta pelo discurso jurídico: os dados existentes sobre reincidência ou elevação da criminalidade após agravamento (quantitativo ou

²⁹⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A construção social dos conflitos agrários como criminalidade**. In Introdução crítica ao estudo do sistema penal: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado / organizado por Rogério Dutra dos Santos; Florianópolis: Diploma Legal, 1999. p. 31

³⁰⁰ Idem.

qualitativo) das sanções nos mostram a total ineficácia da repressão com fins de intimidação.

Hoje, é geral a afirmação do absoluto fracasso do projeto repressivo (prisional) do Estado. E não seria de outra forma, porque se baseia na prisão como se ela fosse uma instituição escolar. E prisão não é escola, mas sim um local de privação de liberdade, com toda a violência que advém disso, e não há como ter finalidade educativa. Não só o objetivo educativo não pode ser alcançado: a prisão deforma o sujeito. O projeto técnico-corretivo se caracteriza pelo “isoformismo reformista” (Foucault): a história da prisão é a constatação de seu fracasso e a permanente reproposição do mesmo projeto fracassado.³⁰¹

Então, o que explica a persistência da prisão como aparelho pedagógico? A explicação é encontrada por Foucault e, antes dele, por Rusche e Kirchheimer, e consiste na distinção entre os objetivos declarados/ideológicos e os objetivos ocultos/reais da prisão. O discurso jurídico destaca os objetivos declarados/ideológicos: pena com finalidade pedagógica. Os objetivos reais/ocultos são outros: a prisão é a instituição central de controle da sociedade capitalista; todos os sistemas de controle da sociedade capitalista convergem para a prisão. Esse é o objetivo que o discurso jurídico não mostra. A prisão garante a existência das sociedades de classes e das desigualdades sociais. O objetivo oculto/real da prisão é manter as desigualdades sociais. Assim, pode-se dizer que o fracasso da prisão se limita aos seus objetivos aparentes, porque, em relação aos seus objetivos ocultos, ela é um sucesso, um retumbante êxito histórico, pois vem mantendo a desigualdade social, a exploração, a opressão da classe

³⁰¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 56.

capitalista sobre os assalariados. O explorado/desigual continua como fornecedor de energia, segue explorado economicamente e subordinado politicamente. Somente isso explica a persistência em um modelo destruidor, pernicioso e danoso como a prisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A construção social dos conflitos agrários como criminalidade.** In Introdução crítica ao estudo do sistema penal: elementos para a compreensão da atividade repressiva do Estado / organizado por Rogério Dutra dos Santos; Florianópolis: Diploma Legal, 1999.

ARAGÃO. Antonio Moniz Sodré. **As três escolas penaes: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo).** 4. ed., Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas: um estudo sobre o preconceito.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do direito penal: uma introdução à sociologia do direito penal.** 3.ed., Rio de Janeiro: Revan: 2002.

_____ **Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistêmica.** In Doctrina Penal: teoría y práctica em lãs ciências penales, año 8, números 29 a 32, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas.** Tradução Flório de Angelis. Bauru: EDIPRO, 1993.

BELING, Ernst Von. **Esquema de derecho penal: la doutrina del delito-tipo.** Buenos Aires: Editorial Depalma: 1944.

BERGALI, Roberto. **Criminología en América Latina: cambio social, normatividad y comportamientos desviados.** Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1972.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte geral**. v. 1, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo. **Penas e garantias**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris editora, 2003.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **30 anos de Vigiar e Punir**. Trabalho não publicado, 2005.

COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTON, T.S. **Derecho Penal: parte general**. 2. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1987.

COSTA, Fausto. **El delito y la pena en la história de la filosofia**. México: Union Tipografica Editorial Hispano-America, 1953.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral. Tomo I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação - na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

_____ **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Juarez Tavares e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)**. Tradução Andréa Daher. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

FRANK, Reinhard. **Sobre la estructura del concepto de culpabilidad**. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?** In *Estudios de derecho penal*. 2. ed., Madrid: Civitas, 1981.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução da 2ª. Edição alemã, revista e ampliada, de Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

_____ **Alternativas al principio de culpabilidad?** In *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en el derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

_____ **Por qué y con qué fin si aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal)**. In: *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoria de la imputación en Derecho Penal*. Valencia: Tiran lo Blanch, 1999.

_____ **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HEGEL, Georg Wilhelm Fridrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HIRCH, Hans Joaquim. **El principio de culpabilidad y su función en el Derecho penal**. In Derecho Penal. Obras Completas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000.

HULSMAN, Louk, BERNAT DE CELIS, Jaqueline. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Tradução Maria Lúcia Karam. Niterói: Editora Luan, 1993.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general**. 2. ed., Tradução de Joaquim Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria**. Artigo encontrado em <http://criminet.ugr.es/recpc> consultado em 08 de outubro de 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Tradução José Luis Manzanares Samaniego. 4. ed., Barcelona: Bosch, 1981.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal Parte General**. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed., Granada: Comares Editorial, 2002.

KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed., Niterói: Luan Editora, 1993.

KAUFMANN, Felix. **Metodologia de las ciencias sociales**. Panuco: Fondo de Cultura Economica, 1935.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro:Edições Tempo Brasileiro, 1985.

MARX, Karl. **A ideologia alemã**. Tradução Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal: parte general. Teoria general Del derecho penal y estructura del hecho punible** . vol. 1, traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsich y Henrique Aimone Gibson, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Um novo sistema de direito penal: considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. Tradução de André Luis Callegari. Barueri: Manole, 2003.

MEROLLI, Guilherme. **Por uma reformulação principiológica da dogmática jurídico-penal**. Dissertação de mestrado apresenta no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2005.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: parte general**. 3. ed., Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1990.

_____ **Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho**. 2. ed., Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. **O papel da jurisdição constitucional na realização do Estado Social**. In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 10, p. 47/59.

MOLINA, Antonio García-Pablos. **Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas**. 2. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e controle social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NAUCKE, Wolfgang. **Prevención general y derechos fundamentales de la persona**. In NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. **Principales problemas de la prevención general**. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Genealogia da moral: uma polêmica**. Tradução de Paulo César de Souza. – São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

PASUKANIS, Eugeny Bronislavovic. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Tradução de Soveral Martins. Coimbra: Perspectiva Jurídica, 1972.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMÍREZ, Juan Bustos. **Manual de derecho penal español: parte general**. Barcelona: Ariel Derecho, 1984.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ROSA, Alexandre Morais da. **Direito Infracional: Garantismo, Psicanálise e Movimento Anti Terror**. Florianópolis: Habitus, 2005.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Madrid: Editorial Réus, 1981.

_____. **Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.** Traducción de Diego-M. Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 2003.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal.** 3. ed., Lisboa: Editora Veja, 1998.

_____. **Tem futuro o direito penal? In Estudos de direito penal.** Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punishment and Social Structure.** Transaction Publishers, 2003.

SABADELL. Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito.** 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da justiça.** In Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 21, 1986.

SILVA, Evandro Lins e. **De Beccaria a Filippo Gramatica, in Sistema Penal para o Terceiro Milênio.** Rio de Janeiro: Revan, 1991.

STRATENWERTH, Günther. **Derecho Penal, parte general.** Tradução da segunda edição alemã de 1976 por Gladys Romero, Madri: Edersa, 1982.

_____. **Derecho Penal, parte general I. El hecho punible.** Tradução da quarta edição alemã por Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires: Hamurabbi, 2005.

TAVARES, Juarez. **Direito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

VIANNA, Túlio Lima. **Da ditadura dos sistemas sociais: uma crítica à concepção de direito como sistema autopoietico.** In Crítica Jurídica (revista latinoamericana de política, filosofía u derecho), n. 22, 2003.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman.** 11. ed. Tradução de Juan Bustos Ramírez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

_____. **Reflexiones sobre el libre albedrío.** In WELZEL, Hans. Estudios de filosofía del derecho y derecho penal. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. **O pluralismo jurídico: elementos para um ordenamento alternativo.** In Crítica Jurídica, n. 13, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El debate conceptual de la culpabilidad como disolución discursiva.** In Derecho Criminal, vol. 4, Coordinador: José Henrique Pierangeli. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal.** Buenos Aires: Ediar, 2004.

ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel. **Fundamentos de derecho penal (parte general).** Granada: Universidad de Granada, 1990.